

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

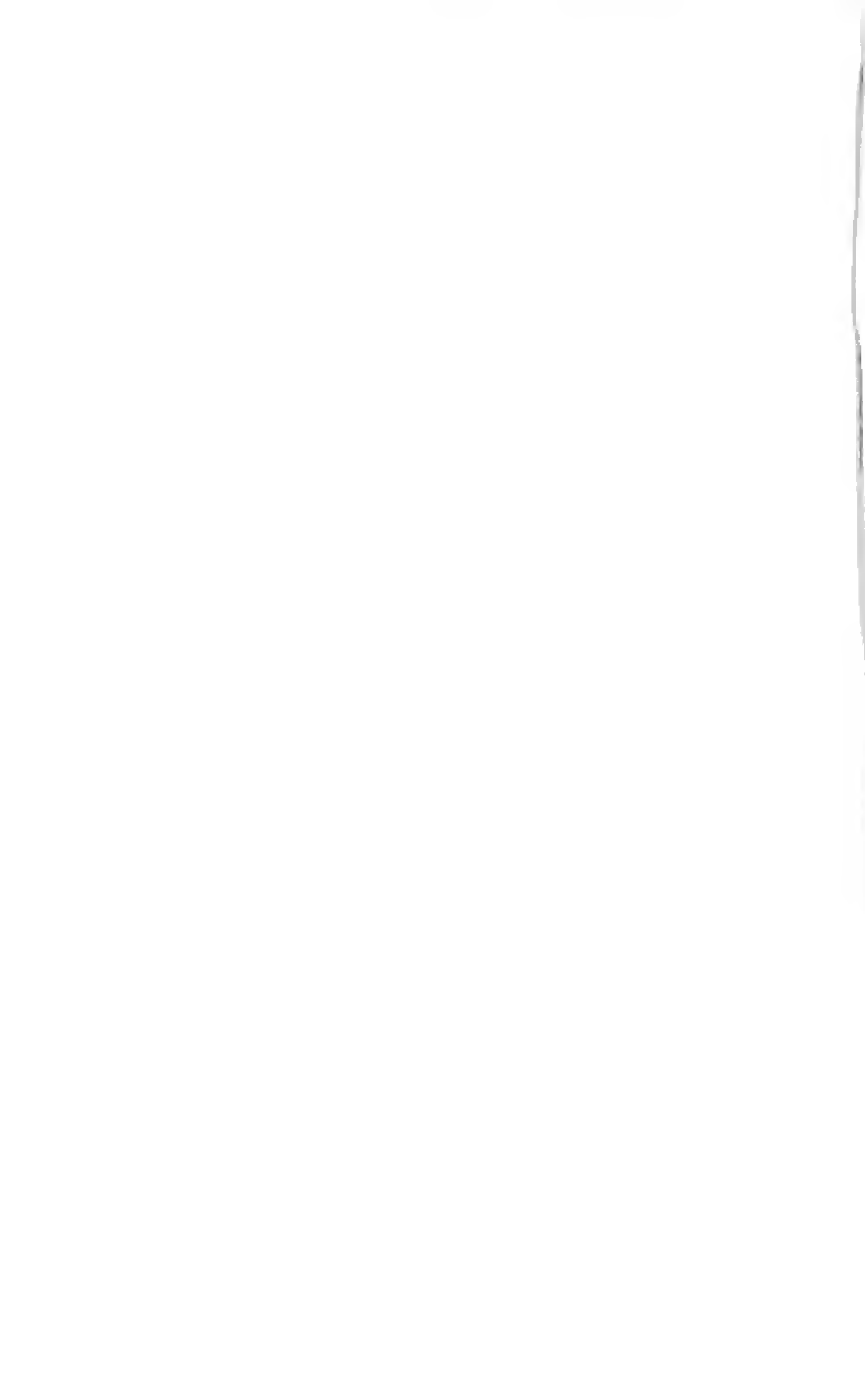
<http://hdl.handle.net/2066/133921>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

N.V.C.E. Bauduin

# Wilsdelegatie in het erfrecht

## WILSDELEGATIE IN HET ERFRECHT





# WILSDELEGATIE IN HET ERFRECHT

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor  
aan de Radboud Universiteit Nijmegen  
op gezag van de rector magnificus prof. dr. Th.L.M. Engelen,  
volgens besluit van het college van decanen  
in het openbaar te verdedigen op vrijdag 19 december 2014  
om 12.30 uur precies

door

*Nathalie Virginie Constance Eleonoor Bauduin*  
geboren op 11 november 1985  
te Maastricht

*Promotoren:* prof. mr. B.M.E.M. Schols  
prof. mr. F.W.J.M. Schols

*Manuscriptcommissie:* prof. mr. A.J.M. Nuytinck, voorzitter  
prof. mr. W.D. Kolkman, Rijksuniversiteit Groningen  
prof. mr. T.J. Mellema-Kranenburg, Universiteit Leiden

# Inhoud

Lijst van afkortingen	XVII
DEEL I: ALGEMEEN DELEGATIEVERBOD?	1
<b>Inleiding en verantwoording</b>	<b>3</b>
I. Onderzoeksthema	3
II. Verantwoording	4
A) <i>Achtergronden en veronderstellingen</i>	5
B) <i>Praktisch belang</i>	7
C) <i>Wetenschappelijk belang</i>	9
D) <i>Vermogensrecht</i>	10
E) <i>Rechtsvergelijking</i>	10
III. Terminologie en reikwijdte	11
IV. Opbouw van het onderzoek	12
<b>Hoofdstuk 1      Testeervrijheid</b>	<b>15</b>
1.1. <i>Inleidend</i>	15
1.2. <i>Testeervrijheid: een fundamenteel erfrechtelijk beginsel</i>	16
1.2.1. Autonomiebeginsel in het erfrecht	16
1.2.2. Erfrechtelijke tegenhanger van de contractsvrijheid	17
1.2.2.1. <i>Twee 'subvrijheden'</i>	17
1.2.2.2. <i>Intermezzo: een delegatieverbod omwille van de testeervrijheid</i>	20
1.2.3. Ongeschreven grondrecht	24
1.2.4. Onderdeel van het eigendomsrecht	26
1.3. <i>Testeervrijheid: een gebonden beginsel</i>	27
1.3.1. Inleidend	27
1.3.2. Grenzen van de testeervrijheid in formele zin	28
1.3.2.1. <i>Algemeen</i>	28
1.3.2.2. <i>Testeer- en wilsbekwaamheid</i>	29

1.3.2.3.	<i>Vormvoorschriften</i>	30
1.3.2.4.	<i>Het gesloten stelsel</i>	31
1.3.2.5.	<i>Tussenconclusie</i>	33
1.3.3.	<i>Grenzen van de testeervrijheid in materiële zin</i>	34
1.3.3.1.	<i>Algemeen</i>	34
1.3.3.2.	<i>Goede zeden of openbare orde</i>	35
	A) <i>Art. 4:44 BW</i>	35
	B) <i>Art. 4:4 BW</i>	36
	C) <i>Art. 4:45 BW</i>	37
1.3.3.3.	<i>Andere wettelijke rechten</i>	38
1.3.3.4.	<i>Legitieme portie</i>	39
1.3.3.5.	<i>Testeren ten behoeve van wie men wil</i>	42
1.3.3.6.	<i>Tussenconclusie</i>	43
1.3.4.	<i>Delegatieverbod?</i>	43
1.3.4.1.	<i>Delegatieverbod nodig vanwege erflaters zelfbescherming?</i>	43
1.3.4.2.	<i>Delegatieverbod nodig vanwege andermans belang?</i>	45
	A) <i>Schutz der gesetzlichen Erben also Schutz der Familie</i>	45
	B) <i>Schutz des öffentlichen Interesses</i>	48
<b>Hoofdstuk 2</b>	<b><i>Uiterste wilsbeschikking, vormgebondenheid en hoogstpersoonlijk karakter</i></b>	<b>51</b>
2.1.	<i>Inleidend</i>	51
2.2.	<i>Uiterste wilsbeschikking</i>	51
2.2.1.	<i>Algemeen: haar bouwstenen</i>	51
2.2.2.	<i>Rechtshandeling</i>	53
2.2.2.1.	<i>Algemeen</i>	53
2.2.2.2.	<i>Beoogd rechtsgevolg</i>	53
2.2.2.3.	<i>Wilsuiting</i>	54
2.2.2.4.	<i>Bepaaldheidsvereiste</i>	54
2.2.2.5.	<i>Link met wilsdelegatie</i>	55
2.2.3.	<i>Passend binnen het gesloten stelsel</i>	56
2.2.4.	<i>Herroepelijkheid</i>	58
2.3.	<i>Vormgebondenheid</i>	59
2.3.1.	<i>Algemeen</i>	59
2.3.2.	<i>Notarieel of depot-testament</i>	59
2.3.3.	<i>Codicil en buitengewone vormvoorschriften</i>	59
2.3.4.	<i>Ontduiking vormgebondenheid</i>	60
2.4.	<i>Intermezzo: schenking</i>	61
2.4.1.	<i>Algemeen: haar bouwstenen</i>	61
2.4.2.	<i>Totstandkoming</i>	62
2.4.3.	<i>Herroepelijkheid</i>	63
2.4.4.	<i>Vormvrijheid: De notariële akte, adieu!</i>	64
2.4.4.1.	<i>Het oude schenkingsrecht en het vormvoorschrift van de notariële akte</i>	64

2.4.4.2.	<i>Notariële akte thans geen vormvereiste, maar... én behoudens...</i>	66
2.4.5.	Conclusie	67
2.5.	Hoogstpersoonlijk karakter	68
2.5.1.	Algemeen	68
2.5.2.	Formeel aspect	70
2.5.2.1.	Art. 4:42 lid 3 BW	70
2.5.2.2.	Ter vergelijking: schenking	71
	A) Geen vertegenwoordigingsverbod, behoudens	71
	B) ...de schenking ter zake des doods, art. 7:177 BW	73
	C) Voorbeelden	76
2.5.2.3.	Ter vergelijking: § 2064 BGB	80
2.5.3.	Tussenconclusie	81
<b>Hoofdstuk 3</b>	<b>Het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke</b>	<b>83</b>
3.1.	Inleidend	83
3.2.	Voorgeschiedenis § 2065 BGB	85
3.2.1.	Inleidend	85
3.2.2.	Oorsprong van 'der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit'	85
3.2.3.	Grepn uit de ontwikkeling van 'der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit'	90
3.2.3.1.	Middeleeuwse 13 <sup>e</sup> en 14 <sup>e</sup> eeuw	91
3.2.3.2.	Receptie van het Romeinse recht in Duitsland omstreeks de 16 <sup>e</sup> eeuw	93
3.2.3.3.	Het Duitse rechtsgevoel in de 19 <sup>e</sup> eeuw	94
3.2.4.	Ontwerpen BGB	95
3.2.4.1.	Eerste ontwerp	95
3.2.4.2.	Tweede ontwerp	98
3.2.5.	Tussenconclusie	101
3.3.	Inhoud § 2065 BGB	102
3.3.1.	Regelungsziele	102
3.3.2.	Abs. I: werking	104
3.3.3.	Abs. II: inhoud	106
3.3.4.	Wettelijke uitzonderingen op § 2065 II BGB	107
3.3.4.1.	Vermächtnis	107
	A) Person des Vermächtnisnehmers	107
	B) Vermächtnisgegenstandes	109
3.3.4.2.	Auflage	110
3.3.4.3.	Testamentsvollstreckung	112
3.3.4.4.	Auseinandersetzung	113
3.3.4.5.	Tussenconclusie	113
3.3.5.	Erbeinsetzung en rechtspraak	114
3.3.5.1.	Reichsgericht: 'begrenzte Drittbestimmung'	115

3.3.5.2.	<i>Bundesgerichtshof: 'Bezeichnung'</i>	116
3.3.5.3.	<i>Tussenconclusie</i>	118
3.4.	<i>Sinn und Zweck van het Drittbestimmungsverbot</i>	119
3.4.1.	<i>Inleidend</i>	119
3.4.2.	<i>Waarborging testeervrijheid</i>	120
3.4.3.	<i>Bescherming versterferfgenamen</i>	122
3.4.4.	<i>Voorkomen van ongewenste vermogensconcentratie</i>	123
3.4.5.	<i>Persoonlijkheidsopvolging</i>	125
3.4.6.	<i>Bescherming van het rechtsverkeer</i>	125
3.4.7.	<i>Voorkomen van misbruik, vervalsing en verkeerde beïnvloedingen</i>	126
3.4.8.	<i>Aanvulling op § 2064 BGB</i>	127
3.4.9.	<i>Tussenconclusie</i>	128
3.5.	<i>Het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke en art. 4:42 lid 3 BW</i>	129
3.5.1.	<i>Inleidend</i>	129
3.5.2.	<i>Materieel aspect</i>	130
3.5.2.1.	<i>Art. 4:42 lid 3 BW ook materieel?</i>	130
3.5.2.2.	<i>Terug naar de roots</i>	131
3.5.2.3.	<i>Werking afhankelijk van andermans wil</i>	132
3.5.2.4.	<i>Inhoud afhankelijk van andermans wil</i>	132
3.5.3.	<i>Hoogstpersoonlijk karakter en bepaaldheidsvereiste</i>	133
3.5.3.1.	<i>Breemhaar</i>	133
3.5.3.2.	<i>Kanttekening 1</i>	135
3.5.3.3.	<i>Kanttekening 2</i>	136
3.5.3.4.	<i>Tussenconclusie</i>	137
3.5.4.	<i>Het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke ontbloomt</i>	138
3.5.4.1.	<i>Art. 4:42 lid 3 BW ≠ materieel</i>	138
3.5.4.2.	<i>'Materieel aspect' = (on)toelaatbaarheid wilsafhankelijke voorwaarden en bepaaldheidsvereiste</i>	138
3.5.4.3.	<i>Bepaaldheidsvereiste ≠ delegatieverbod</i>	138
3.5.5.	<i>Rechtvaardiging</i>	139
3.6.	<i>Conclusie hoofdstuk 3 en deel I</i>	139
<b>DEEL II: DELEGEREN TEN AANZIEN VAN DE INHOUD</b>		143
<b>Hoofdstuk 4</b>	<b>Bepaaldheidsvereiste</b>	145
4.1.	<i>Inleidend</i>	145
4.2.	<i>Bepaaldheidsvereiste in het algemeen vermogensrecht</i>	146
4.2.1.	<i>Ongeschreven bestaansvereiste in Titel 3.2 BW</i>	146
4.2.2.	<i>Wettelijke bepalingen buiten Titel 3.2 BW</i>	148
4.2.3.	<i>Parlementaire geschiedenis van Titel 3.2 BW</i>	149
4.3.	<i>Bepaaldheidsvereiste in het verbintenissenrecht</i>	151
4.3.1.	<i>Inleidend</i>	151
4.3.2.	<i>Art. 1356 oud BW</i>	151

4.3.2.1.	Onderwerp	151
4.3.2.2.	Bepaaldheid van verbintenissen...	153
	A) ...uit overeenkomst	153
	B) ...in de wet	154
	C) ...in de literatuur	155
4.3.3.	De regel uit de rechtspraak	157
4.3.3.1.	Inleidend	157
4.3.3.2.	Voorbeelden bepaalbaar	158
	A) Hof Arnhem 10 januari 1934, NJ 1934/p. 1205	158
	B) HR 13 januari 1938, NJ 1938/566	159
4.3.3.3.	Voorbeelden onbepaaldheid	160
4.3.4.	Art. 6:227 BW	161
4.3.4.1.	Bepaalbaarheid van verbintenissen	161
4.3.4.2.	Soepel bepaaldheidsvereiste	162
4.3.5.	Objectivering door redelijkheid en billijkheid voorkomt willekeur	164
4.3.6.	Object van de verbintenis: concretisering door middel van keuzes	165
4.3.6.1.	Inleidend	165
4.3.6.2.	Facultatieve verbintenis	166
4.3.6.3.	Alternatieve verbintenis	167
4.3.6.4.	Generieke verbintenis of soortverbintenis	167
4.3.6.5.	Tussenconclusie	168
4.3.7.	Object van de verbintenis: concretisering door middel van een bindend oordeel	169
4.3.7.1.	Inleidend	169
4.3.7.2.	Bindend advies	169
4.3.7.3.	Vaststellingsovereenkomst	170
4.3.7.4.	Onzuiver en zuiver bindend advies	170
4.3.7.5.	'Testamenteir bindend advies'	171
4.3.8.	Subjecten van de verbintenis: bepaald of bepaalbaar	173
4.3.8.1.	Inleidend	173
4.3.8.2.	Facultatieve schuldeiser resp. schuldenaar	175
4.3.8.3.	Alternatieve schuldeiser resp. schuldenaar	175
4.3.8.4.	'Nader te noemen meester'	176
4.3.9.	Schakelbepaling van art. 6:216 BW	179
4.4.	Bepaaldheidsvereiste in het goederenrecht	180
4.4.1.	Inleidend	180
4.4.2.	Art. 3:84 lid 2 BW	181
4.4.2.1.	Voldoende bepaaldheid bij levering	181
4.4.2.2.	Bepaaldheidsvereiste en de goederenrechtelijke overeenkomst	183
4.4.2.3.	Voldoende bepaaldheid voor registergoederen, in het bijzonder onroerende zaken	185
4.4.2.4.	Voldoende bepaaldheid voor vorderingen op naam	186
4.4.2.5.	Objectieve bepaalbaarheid	188

4.4.2.6.	<i>Ratio objectieve maatstaf: derdenwerking</i>	188
4.4.2.7.	<i>Ruimte voor subjectieve elementen met betrekking tot goederenrechtelijke verhoudingen</i>	189
4.4.3.	<i>Tussenconclusie</i>	191
4.5.	<i>Bepaaldheidsvereiste en eenzijdige rechtshandelingen</i>	192
4.6.	<i>Bepaaldheidsvereiste en de uiterste wilsbeschikking</i>	193
4.6.1.	<i>Inleidend</i>	193
4.6.2.	<i>Te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen</i>	193
4.6.3.	<i>Vorm of inhoud</i>	194
4.6.4.	<i>Vormvoorschriften</i>	196
4.6.4.1.	<i>Bepaaldheidsvereiste en algemene vormvoorschriften van afdeling 4.4.4 BW</i>	196
4.6.4.2.	<i>Formele geldigheidsvereiste van art. 4:42 lid 3 BW</i>	197
4.6.4.3.	<i>Tussenconclusie</i>	198
<b>Hoofdstuk 5</b>	<b><i>Materiële aard van te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen</i></b>	<b>201</b>
5.1.	<i>Inleidend</i>	201
5.2.	<i>Erfstelling</i>	202
5.2.1.	<i>Inleidend</i>	202
5.2.2.	<i>Het subject van de erfstelling: delegatie ten aanzien van de erfgenamen</i>	203
5.2.2.1.	<i>'Daarbij aangewezen' en de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid</i>	203
5.2.2.2.	<i>Vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid en art. 4:56 leden 2-4 BW</i>	206
5.2.2.3.	<i>Rechtvaardiging van de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid</i>	210
5.2.2.4.	<i>Zwevend vermogen</i>	211
5.2.2.5.	<i>Tussenconclusie en de hypothese met betrekking tot art. 4:115 BW</i>	213
5.2.3.	<i>Hypothese en delegatie ten aanzien van de erfgenamen</i>	214
5.2.3.1.	<i>Welk bepaaldheidsvereiste?</i>	214
5.2.3.2.	<i>Het 'goederenrechtelijke' bepaaldheidsvereiste</i>	214
5.2.3.3.	<i>Waarom geen subjectieve maatstaf?</i>	216
5.2.3.4.	<i>Begrensde 'Drittbestimmung' ofwel de erfstelling met keuzemogelijkheid</i>	217
5.2.4.	<i>Het object van de erfstelling: delegatie ten aanzien van de erfdelen</i>	218
5.2.4.1.	<i>Inleidend</i>	218
5.2.4.2.	<i>'Onmiddellijkheids'-vereiste</i>	219
5.2.4.3.	<i>Goederenrechtelijk bepaaldheidsvereiste voor de erfdelen</i>	220
5.2.4.4.	<i>Toch ruimte voor subjectiviteit?</i>	221
5.2.5.	<i>Tussenconclusie</i>	223



5.3.	<i>Legaat</i>	224
5.3.1.	Inleidend	224
5.3.2.	Het subject van het legaat: delegatie ten aanzien van de legataris	225
5.3.2.1.	<i>Inleidend</i>	225
5.3.2.2.	<i>Onmiddellijke identificeerbaarheid</i>	227
5.3.2.3.	<i>Geschrapte eis van onmiddellijke identificeerbaarheid</i>	228
5.3.2.4.	<i>Legaat met keuzemogelijkheid (ten aanzien van de legataris)</i>	230
5.3.2.5.	<i>'Nader te noemen legataris'</i>	231
5.3.3.	Het object van het legaat: delegatie ten aanzien van de omvang van het legaat?	232
5.3.3.1.	<i>Bepaalbaarheid</i>	232
5.3.3.2.	<i>Keuzelegaat (ten aanzien van de omvang van het vorderingsrecht)</i>	234
5.3.3.3.	<i>Keuzelegaat al dan niet tegen inbreng</i>	235
5.3.4.	Tussenconclusie	236
5.4.	<i>Testamentaire last</i>	237
5.4.1.	Inleidend	237
5.4.2.	Last als verplichting om....	238
5.4.3.	Het subject van de verkrijging: delegatie ten aanzien van degene die verkrijgt	238
5.4.3.1.	<i>Inleidend</i>	238
5.4.3.2.	<i>Geen vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid</i>	239
5.4.3.3.	<i>Geen goederenrechtelijke noch verbintenissenrechtelijke verhoudingen</i>	240
5.4.3.4.	<i>HR 30 september 1925, PW 12040</i>	242
5.4.3.5.	<i>HR 2 maart 1966, BNB 1966/106</i>	243
5.4.3.6.	<i>Art. 4:130 lid 2 BW en een derde</i>	243
5.4.4.	Het object van de verkrijging: delegatie ten aanzien van hetgeen verkregen wordt	244
5.4.5.	Ter vergelijking: § 2193 BGB	244
5.4.6.	Last die niet tot een verkrijging leidt	245
5.4.7.	Tussenconclusie	246
5.5.	<i>Executeursbenoeming</i>	247
5.5.1.	Inleidend	247
5.5.2.	Te onderscheiden soorten 'executeurs'	248
5.5.3.	Materiële aard van executele	249
5.5.4.	Delegatie ten aanzien van de executeur	250
5.5.4.1.	<i>Executeursbenoeming, art. 4:142 lid 1 BW</i>	250
5.5.4.2.	<i>... door erfflater</i>	251
5.5.4.3.	<i>... door een executeur</i>	252
5.5.4.4.	<i>... door de kantonrechter</i>	253
5.5.4.5.	<i>Beperking</i>	254

5.5.5.	Delegatie ten aanzien van de taken en bevoegdheden van een executeur	255
5.5.5.1.	Wettelijk takenpakket, art. 4:144 BW	255
5.5.5.2.	Ruimte voor subjectieve elementen?	257
5.5.5.3.	'Onverminderd testamentaire lasten'	259
5.5.6.	Tussenconclusie	260
5.6.	Testamentair bewind	261
5.6.1.	Inleidend	261
5.6.2.	Te onderscheiden vormen van testamentair bewind	262
5.6.3.	Materiële aard van testamentair bewind	263
5.6.4.	Delegatie ten aanzien van de bewindvoerder	265
5.6.4.1.	Persoon van de bewindvoerder	265
5.6.4.2.	Taken en bevoegdheden van de bewindvoerder	267
	A) Inleidend	267
	B) Taakverdeling bij meerdere bewindvoerders	268
	C) De clausule 'tenzij bij de instelling van het bewind anders is bepaald' of iets vergelijkbaars	268
	D) Art. 4:171 BW	271
5.6.5.	Delegatie ten aanzien van de goederen waarover bewind wordt ingesteld en delegatie ten aanzien van het instellen van testamentair bewind	272
5.6.5.1.	Inleidend	272
5.6.5.2.	Delegatie ten aanzien van de goederen waarover bewind wordt ingesteld	273
	A) Welk bepaaldheidsvereiste?	273
	B) Tenzij-clausule ten aanzien van zaaksvervangende vruchten	273
5.6.5.3.	Delegatie ten aanzien van het instellen van testamentair bewind	274
	A) Instellen van testamentair bewind	274
	B) Tijdstip waarop bewind wordt ingesteld	275
5.6.6.	Tussenconclusie	276
5.7.	Conclusie deel II	277
<b>Schema: Toetsing geoorloofde of ongeoorloofde wilsdelegatie ten aanzien van de inhoud</b>		<b>281</b>
<b>DEEL III: DELEGEREN TEN AANZIEN VAN DE WERKING</b>		<b>283</b>
<b>Hoofdstuk 6</b>	<b>Wilsafhankelijke voorwaarden en willekeur</b>	<b>285</b>
6.1.	Inleidend	285
6.2.	Ter inspiratie: § 2065 I BGB	286

6.3.	<i>Voorwaarden in het erfrecht (I)</i>	288
6.3.1.	Inleidend	288
6.3.2.	Uiterste wilsbeschikkingen onder voorwaarde	288
6.3.3.	Voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling	290
6.4.	<i>Potestatieve voorwaarde</i>	294
6.4.1.	Inleidend	294
6.4.2.	Art. 1292 oud BW	294
6.4.3.	Geen strijd met het wezen van de verbintenis	296
6.4.4.	Voorbeeld: schenking	297
6.4.4.1.	<i>Inleidend</i>	297
6.4.4.2.	<i>Ontbindende potestatieve voorwaarde</i>	298
6.4.4.3.	<i>Opschortende potestatieve voorwaarde</i>	298
6.4.5.	Potestatieve voorwaarde in het erfrecht	299
6.4.5.1.	<i>Inleidend</i>	299
6.4.5.2.	<i>Verschillen potestatieve voorwaarde en § 2065 I BGB</i>	300
6.4.5.3.	<i>Potestatieve voorwaarde en wilsdelegatie ten aanzien van de werking van een legaat</i>	302
6.4.6.	Tussenconclusie	303
6.5.	<i>Voorwaarden in het erfrecht (II)</i>	305
6.5.1.	Inleidend	305
6.5.2.	Makingen onder voorwaarden	305
6.5.2.1.	<i>Algemeen</i>	305
6.5.2.2.	<i>Erfstelling onder voorwaarde: de aard van de erfstelling en wilsafhankelijke voorwaarden</i>	305
6.5.2.3.	<i>Legaat onder voorwaarde: de aard van het legaat en wilsafhankelijke voorwaarden</i>	306
6.5.3.	Tweetrapsmaking	307
6.5.3.1.	<i>Inleidend</i>	307
6.5.3.2.	<i>Vervreemdings- en verteringsbevoegdheid</i>	308
6.5.3.3.	<i>Boerenplaatsje-arrest</i>	309
6.5.4.	Uiterste wilsbeschikking onder last	312
6.5.5.	Voorwaardelijke last	312
6.5.6.	Tussenconclusie	313
6.6.	<i>Willekeur</i>	314
6.6.1.	Inleidend	314
6.6.2.	Willekeur op twee manieren	315
6.6.2.1.	<i>Inleidend</i>	315
6.6.2.2.	<i>Ten aanzien van de inhoud</i>	315
6.6.2.3.	<i>Ten aanzien van de werking</i>	317
6.6.2.4.	<i>Tussenconclusie</i>	317
6.6.3.	Willekeur en de redelijkheid en billijkheid	317
6.6.4.	Tussenconclusie: Het 'willekeurcriterium' op losse schroeven	318

6.7.	<i>Conclusie deel III</i>	319
6.8.	<i>De proef op de som</i>	321
6.8.1.	Ouderlijke boedelverdeling met tenzij-clausule	321
6.8.2.	Cautio Socini	322
6.8.3.	Tenzij-renteclausule	323
	<b>Schema: Toetsing geoorloofde of ongeoorloofde wilsdelegatie ten aanzien van de werking</b>	325
<b>Hoofdstuk 7</b>	<b>Samenvatting en conclusie</b>	327
7.1.	<i>Inleidend</i>	327
7.2.	<i>Geen algemeen delegatieverbod (deel I)</i>	329
7.2.1.	Inleidend	329
7.2.2.	Testeervrijheid pleit voor wilsdelegatie	329
7.2.2.1.	Inleidend	329
7.2.2.2.	Geen delegatieverbod omwille van testeervrijheid	330
7.2.2.3.	Geen delegatieverbod omwille van erflaters eigen belang	331
7.2.2.4.	Geen delegatieverbod omwille van andermans belang	332
7.2.2.5.	Conclusie	333
7.2.3.	(Algemene) aard van de uiterste wilsbeschikking tolereert wilsdelegatie	334
7.2.3.1.	Elementen van de uiterste wilsbeschikking	334
7.2.3.2.	Geldigheidsvereisten van de uiterste wilsbeschikking	334
7.2.3.3.	Vormgebondenheid en wilsdelegatie	334
7.2.3.4.	Persoonlijk testen en wilsdelegatie	335
7.2.3.5.	Conclusie	335
7.2.4.	Art. 4:42 lid 3 BW kent geen materieel aspect dat een delegatieverbod impliceert	336
7.2.4.1.	Inleidend	336
7.2.4.2.	Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit en zijn wortels	336
7.2.4.3.	Wettelijke uitzonderingen op § 2065 II BGB	337
7.2.4.4.	Geen rechtvaardigingsgrond voor een Drittbestimmungsverbot	337
7.2.4.5.	Art. 4:42 lid 3 BW bevat geen materieel aspect	338
7.2.4.6.	Bepaaldheidsvereiste betekent geen delegatieverbod	339
7.2.4.7.	Conclusie	339
7.3.	<i>Bepaaldheidsvereiste als criterium voor wilsdelegatie ten aanzien van de inhoud (deel II)</i>	340
7.3.1.	Inleidend	340
7.3.2.	Aard van de rechtshandeling	340
7.3.2.1.	Inleidend	340
7.3.2.2.	Verbintenisrechtelijke aard	341

7.3.2.3.	<i>Goederenrechtelijke aard</i>	341
7.3.2.4.	<i>Eenzijdige rechtshandelingen, zoals de uiterste wilsbeschikking</i>	342
7.3.2.5.	<i>Conclusie</i>	343
7.3.3.	<i>Aard van de te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen</i>	344
7.3.3.1.	<i>Inleidend</i>	344
7.3.3.2.	<i>Erfstelling</i>	344
7.3.3.3.	<i>Legaat</i>	345
7.3.3.4.	<i>Last</i>	345
7.3.3.5.	<i>Executeursbenoeming</i>	346
7.3.3.6.	<i>Testamenteair bewind</i>	347
7.3.3.7.	<i>Conclusie</i>	347
7.4.	<i>(On)toelaatbaarheid wilsafhankelijke voorwaarden als criterium voor wilsdelegatie ten aanzien van de werking (deel III)</i>	348
7.4.1.	<i>Inleidend</i>	348
7.4.2.	<i>Voorwaarden in het erfrecht zijn toegestaan</i>	348
7.4.3.	<i>Wilsafhankelijke voorwaarden in het erfrecht zijn in beginsel toegestaan, tenzij ...</i>	349
7.4.4.	<i>... strijd met het wezen van de uiterste wilsbeschikking of willekeur</i>	350
7.4.5.	<i>Redelijkheid en billijkheid voorkomt willekeur</i>	350
7.4.6.	<i>Conclusie</i>	351
7.5.	<i>Eindconclusie</i>	351
	<i>Summary</i>	353
	<i>Lijst van aangehaalde literatuur</i>	359
	<i>Jurisprudentieregister</i>	381
	<i>Trefwoordenregister</i>	383
	<i>Curriculum vitae</i>	387



## Lijst van afkortingen

Abs.	Absatz
Adv.-Gen.	Advocaat-Generaal
afd.	afdeling
art.	artikel(en)
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BNB	Beslissingen Nederlandse Belastingrechtspraak
BW	Burgerlijk Wetboek
curs.	cursivering
D.	Digesten
diss.	dissertatie
E I	Erster Entwurf
ECLI	European Case Law Identifier
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
enz.	enzovoort
etc.	etcetera
e.v.	en volgende
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FED	Fiscaal weekblad FED
ff.	folgende
F&R	Familie & Recht
FJR	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
FTV	Fiscaal Tijdschrift Vermogen
GG	Grundgesetz
GO	Gewijzigd Ontwerp van Wet
GW	Grondwet
hersg.	herausgegeben
HR	Hoge Raad
IB	Inkomstenbelasting
Inv.	Invoeringswet
JBN	Juridische Berichten voor het Notariaat

jo.	juncto
JZ	Juristenzeitung
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Ktr.	Kantonrechter
KvT	Kamer van Toezicht
KWEP	Kwartaalbericht Estate Planning
LJN	Landelijk Jurisprudentie nummer
MO	Verslag Monderling Overleg
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NGO	Nader Gewijzigd Ontwerp van wet
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	nummer of number
Nota	Nota naar aanleiding van het verslag
Nota II	Nota naar aanleiding van het eindverslag
nr.	nummer
NvW	Nota van Wijzigingen
p.	pagina
par.	paragraaf
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
Publ. ECHR	Publications of the European Court of Human Rights
PW	Periodiek Woordenboek
Rb.	Rechtbank
resp.	respectievelijk
RG	Reichsgericht
Rn.	Randnummer
r.o.	rechtsoverweging
RO	Regeringsontwerp
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
Stb.	Staatsblad
SW 1956	Successiewet 1956
t/m	tot en met
TM	Toelichting Meijers
toev.	toevoeging
T.P.R.	Tijdschrift voor Privaatrecht
Vast.	Vaststellingswet
vb.	voorbeeld
VEP	Vakblad Estate Planning
vert.	vertaling
VFP	Vakblad Financiële Planning



vgl.	vergelijk
VrA	Vermogensrechtelijke Analyses
VV	Voorlopig Verslag
W	Weekblad voor het Recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge



## DEEL I: ALGEMEEN DELEGATIEVERBOD?



# Inleiding en verantwoording

*Change is the law of life. And those who look only to the past are certain to miss the future.*

*John F. Kennedy, toespraak in de Paulskirche in Frankfurt am Main op 25 juni 1963<sup>1</sup>*

## I. Onderzoeksthema

De gevleugelde uitdrukking *'alles stroomt en niets is blijvend'* raakt de kern van de behoefte aan delegatie in het erfrecht.<sup>2</sup> Bij het maken van een uiterste wilsbeschikking kampt de erflater met nogal wat onzekerheden.<sup>3</sup> Wat is de omvang van het vermogen op het moment van overlijden en wanneer vindt dit overlijden plaats? Is er een langstlevende partner en hoe oud wordt deze partner? Zijn er (klein)kinderen, hoe oud zijn deze kinderen op het moment van erflaters overlijden en hoe ontwikkelen zij zich in de periode hiervoor en hierna?<sup>4</sup> Wat zijn de wensen van de 'achterblijvende' personen? Blijft de fiscale wetgeving zoals deze is ten tijde van het testen of komt er een wetswijziging waardoor de uiterste wil een fiscale uitwerking geniet, anders dan de erflater voor ogen stond?<sup>5</sup>

Deze onzekerheden vloeien voort uit en worden verklaard door het (veelal aanzienlijke) tijdsverloop tussen de dag waarop de erflater testeert en de dag waarop hij overlijdt. Meestal verstrijken er heel wat jaren tussen deze twee momenten. Jaren waarin situaties kunnen veranderen. Soms zijn deze veranderingen zo ingrijpend dat de in de uiterste wil vastgelegde beschikkingen geheel anders blijken uit te pakken dan

1. Kennedy 1964, p. 115.

2. *'Panta rhei kai ouden menei'*. Deze zinspreuk karakteriseert de filosofie van de presocratische filosoof Heraclitus. Zie over delegatie in het erfrecht ook mijn publicaties Bauduin 2011; Bauduin 2012a; Bauduin 2012c; Bauduin 2014 evenals de publicatie Bauduin & Reijnen 2014. Deze publicaties hebben aan de basis gestaan van dit onderzoek en zijn hierin nader uitgewerkt en genuanceerd. Wat in dit onderzoek onder delegatie in het erfrecht wordt verstaan, wordt toegelicht in de paragraaf 'Terminologie en reikwijdte'.

3. In navolging van de wet gebruik ik de term 'erflater' daar waar ook 'testateur' kan worden gelezen.

4. Met deze laatste vraag kampt bijvoorbeeld de erflater die het door hem uitgeoefende familiebedrijf wil nalaten aan een van zijn, ten tijde van het testen nog minderjarige, kinderen. Wie van de kinderen zal zich zo ontwikkelen dat hij of zij geschikt is om het bedrijf voort te zetten? Wellicht kan deze keuze pas worden gemaakt enige tijd na het overlijden van de erflater. Bijvoorbeeld op het moment dat de kinderen een bepaalde studie hebben afgerond. Vgl. het *Frühzeitiges Unternehmer-testament* waarover onder meer Sens 1990, p. 5 e.v. en Kossmann 1994.

5. Zie voor de behoefte aan wilsdelegatie ook Kleijn 1969, p. 281; Rookmaker 2003b, p. 18; Kleijn 2004a, p. 80; Bauduin 2012a, p. 33-34; Bauduin & Reijnen 2014, p. 179.

door de erflater ten tijde van het testen werd beoogd.<sup>6</sup> De erflater heeft weliswaar een mogelijkheid om in te spelen op gewijzigde en/of onvoorziene omstandigheden door het bepaalde in art. 4:42 lid 2 BW: de erflater kan een uiterste wilsbeschikking steeds eenzijdig herroepen. Deze bepaling biedt de erflater evenwel niet altijd soelaas. Wat immers te doen als ouderdom de erflater overmeestert, in die zin dat hij niet meer in staat is zijn wil te bepalen en daardoor een eerder gemaakte uiterste wilsbeschikking niet *kan* herroepen?<sup>7</sup> Dient de erflater in een dergelijk geval vastgepind te worden op een reeds gemaakte keuze, die door gewijzigde omstandigheden niet meer strookt met zijn laatste wil? Een bevestigend antwoord krenkt niet alleen de erflater met een gevoel van onmacht en onrechtvaardigheid, het kan ook bij nabestaanden voor de nodige spanningen zorgen. Vooral daar waar het er duimdik bovenop ligt dat de uitvoering van erflaters uiterste wilsbeschikkingen niet zijn (laatste) wil is geweest. Met behulp van uitleg zou in een dergelijk geval recht kunnen worden gedaan aan erflaters uiterste wilsbeschikking. Een andere manier die erflater in zulke gevallen uitkomst zou kunnen bieden, is een flexibel testament – ofwel een *flexibele uiterste wil* – waarin ruimte is voor een nadere invulling van erflaters wil door een door de erflater aangewezen vertrouwenspersoon. Deze flexibiliteit kan worden bereikt door het *delegeren* van bepaalde erfrechtelijke bevoegdheden. Onduidelijk is nochtans waar de wet ten aanzien van testamentaire delegatie de grenzen trekt.

De voorliggende studie heeft tot doel de civielrechtelijke grenzen van wilsdelegatie in het (huidige) erfrecht bloot te leggen.<sup>8</sup>

## II. Verantwoording

Het belang van de onderzoeksvraag ‘*Waar liggen de (civielrechtelijke) grenzen van wilsdelegatie in het erfrecht?*’ is gelegen in een praktische behoefte van erflater om

6. Voor de terminologie van het begrip ‘uiterste wil’ verwijs ik naar Breemhaar 1992, p. 18-19; Waaijer, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 125-126; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 150.

7. Zie hierover ook F. Schols 2009a. Het vormvoorschrift van art. 4:42 lid 3 BW bepaalt dat een uiterste wilsbeschikking slechts door erflater *persoonlijk* kan worden gemaakt en herroepen. Vertegenwoordiging door een wettelijk vertegenwoordiger of een gevolmachtigde is daarmee uitgesloten. Schols gaat in zijn artikel onder andere in op de vraag of direct testamentair ingrijpen (‘testamentaire vertegenwoordiging’) door de rechter wenselijk zou zijn indien een meerderjarig persoon testeerbekwaam is en daardoor een reeds gemaakte uiterste wilsbeschikking niet meer kan herroepen. Bij gewijzigde omstandigheden kan dit immers tot ongerechtvaardigde en ongewenste gevolgen leiden. Het probleem dat F. Schols schetst, kan worden verzacht indien het delegeren van testeerbevoegdheden mogelijk is. Een erflater zou dan in zijn uiterste wilsbeschikking al rekening kunnen houden met een eventueel later intredende wilsonbekwaamheid door in het testament aan een vertrouwenspersoon de bevoegdheid te geven om, aan de hand van door de erflater gegeven richtlijnen, de uiterste wilsbeschikkingen aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden. Zie over wils(on)bekwaamheid en testen ook Jennekens & Jennekens-Schinkel 2005, p. 595-599 en Waaijer 2005, p. 599-604.

8. De term ‘wilsdelegatie’ ontleen ik aan Rombach 1969, p. 421. Gelet op de doelstelling geschiedt dit blootleggen van de civielrechtelijke grenzen van wilsdelegatie primair aan de hand van het *positieve recht*. Enkel daar waar een rechtshistorische beschouwing inzichten verschaft die rechtstreeks van belang zijn voor het delegatievraagstuk komt het oude recht aan bod. Voorts blijft een fiscale behandeling van het delegatievraagstuk, eveneens gelet op de doelstelling van dit onderzoek, achterwege. *Het manuscript is in beginsel afgesloten op 31 juli 2014.*

flexibel te kunnen testen. Met een flexibele uiterste wil kan namelijk optimaal, zowel civiel- als fiscaalrechtelijk, worden ingespeeld op de omstandigheden ten tijde van het overlijden. Een vergaande flexibiliteit in de uiterste wil zou kunnen worden gecreëerd door het delegeren van testeerbevoegdheden. Het is evenwel onduidelijk in hoeverre delegatie in het erfrecht is toegestaan. Een onderzoek op dit terrein ontbreekt vooralsnog.

#### A) *Achtergronden en veronderstellingen*<sup>9</sup>

Wanneer we het geringe aantal pagina's in de literatuur over testamentaire delegatie erop naslaan, valt op dat het delegatievraagstuk overwegend vanuit een terughoudende en zelfs afwijzende invalshoek wordt benaderd.<sup>10</sup> Deze benadering kan hoofdzakelijk worden toegeschreven aan art. 4:42 lid 3 BW, waarin het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking tot uitdrukking komt.<sup>11</sup>

'Een uiterste wilsbeschikking kan alleen bij uiterste wil en slechts door de erflater *persoonlijk* worden gemaakt en herroepen (curs. NB).'

Meerdere auteurs zien in dit persoonlijke karakter een belangrijk bezwaar tegen het delegeren bij uiterste wil. Zo schrijft Zwolve:

'In hoeverre staat het een testator vrij zijn testeerbevoegdheid aan een ander af te staan? De hierboven gestelde vraag pleegt over het algemeen ontkennend te worden beantwoord en wel omdat het testament een hoogstpersoonlijke wilsverklaring bevat en de wil van de erflater derhalve niet mag worden vervangen door de wil van een ander.'<sup>12</sup>

9. Zie ook Bauduin 2011, p. 941-942.

10. Zo ook Asser/Perrick 2013 (4), nr. 148: 'Doorgaans staat men de erflater niet toe zijn testeerbevoegdheid aan een ander te delegeren.' Zie voorts het verslag van Rookmaker 2003b, dat als doel had de in een discussiebijeenkomst naar voren gebrachte knelpunten rondom delegatie weer te geven. Het verslag betreft de afscheidsbijeenkomst van R.J.W. Meyer als voorzitter van de Vereniging van Estate Planners in het Notariaat (EPN) met als onderwerp: 'De grenzen van delegatie van erfrechtelijke bevoegdheden.' Voor de afwijzende invalshoek zie: Breemhaar 1992, nr. 18, 42, 72 en 74-77 ('het verbod van wilsdelegatie') en Kleijn 2004a, p. 82: 'Uit de duidelijke bepalingen van artikel 4:42 lid 3 en 7:177 BW volgt dus dat delegatie van het maken van uiterste wilsbeschikkingen niet door de wetgever is toegestaan. De toekenning van erfrechtelijke aanspraken kan slechts, mijns inziens, inhoudelijk geschieden door de erflater zelf en wel bij testament. Hiermee meen ik de opvatting dat delegatie van uiterste wilsbeschikkingen is toegestaan in zijn algemeenheid te moeten verwerpen.'

11. Zie in dit verband ook art. 4:115 BW: 'Een erfstelling is een uiterste wilsbeschikking, krachtens welke de erflater aan een of meer *daarbij aangewezen* personen zijn gehele nalatenschap of een aandeel daarin nalaat (curs. NB).' Art. 4:115 BW en zijn relatie tot het delegatievraagstuk behandel ik in paragraaf 5.2 'Erfstelling'.

12. Zwolve 1983, p. 157.

Ook Suijling/Dubois,<sup>13</sup> Kleijn,<sup>14</sup> Breemhaar,<sup>15</sup> Van Mourik,<sup>16</sup> en F. Schols<sup>17</sup> merken op dat het delegeren van testeerbevoegdheden niet goed valt te rijmen met de hoogstpersoonlijke aard van de uiterste wilsbeschikking. Daar waar Breemhaar en Kleijn<sup>18</sup> wilsdelegatie in beginsel van de hand wijzen, brengen de andere schrijvers een relativering aan. Wat erflater niet is toegestaan, is zijn beschikking afhankelijk te stellen van de *willekeur* van een ander. De minister oordeelt eveneens zo. Hij antwoordt op de vraag van de vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer of in het Nederlandse erfrecht behoefte bestaat aan een wettelijke regeling van het legaat met keuzemogelijkheid overeenkomstig het Duitse en het Italiaanse erfrecht als volgt:

'Het derde lid van artikel 4.3.1.2 regelt uitdrukkelijk dat een uiterste wilsbeschikking slechts door de erflater persoonlijk kan worden gemaakt. Daarmee blijft de mogelijkheid bestaan dat de erflater in zijn testament een derde aanwijst die zal bepalen wie van de verscheidene door de erflater genoemde personen het legaat zal genieten. Wat de erflater niet is toegestaan is zijn beschikking afhankelijk te stellen van de willekeur van een ander.'<sup>19</sup>

'Willekeur' lijkt hiermee een graadmeter voor het delegatievraagstuk te zijn, althans volgens de minister. Maar wat is willekeur en welke delegatiebepalingen zijn op basis van dit criterium (hierna te noemen: 'het willekeurcriterium') dan toegestaan? Is het willekeurcriterium een terechte graadmeter? Hoe verhoudt het willekeurcriterium zich tot het persoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking, zoals dat tot uitdrukking komt in art. 4:42 lid 3 BW? En wat betekent art. 4:42 lid 3 BW voor de toelaatbaarheid van wilsdelegatie? Het antwoord op deze vragen is nog met veel onzekerheden omkleed. In dit onderzoek poog ik deze onzekerheden weg te nemen door de grenzen van wilsdelegatie op te sporen.

13. Suijling/Dubois 1931, nr. 95: 'Omdat de erflater persoonlijk moet beschikken, mag hij niet aan derden overlaten, in zijne plaats erfrechtelijke voorzieningen te treffen. Zelfs mag hij zijne beschikking niet van de goedkeuring van derden afhankelijk stellen.'
14. Kleijn 1969, p. 281 noemt onder het kopje 'Bezwaren tegen delegatie van uiterste wilsbeschikkingen aan te voeren' als eerste bezwaar de regel dat de uiterste wil van de erflater hoogstpersoonlijk is. Wilsdelegatie is daarmee zijns inziens evenwel niet uitgesloten. Kleijn publiceerde in de jaren daarna meerdere artikelen over het delegatievraagstuk. Zie: Kleijn 1996; Kleijn 2004a; Kleijn 2004b; Kleijn 2004c; Kleijn 2007.
15. Breemhaar 1992, nr. 72, 74-77. Breemhaar concludeert tot een verbod van wilsdelegatie, dat zijns inziens voortvloeit uit het bepaaldheidsvereiste in verbinding met de hoogstpersoonlijkheid van de uiterste wilsbeschikking. Ik kom op deze visie van Breemhaar terug in paragraaf 3.5.3 'Hoogstpersoonlijk karakter en bepaaldheidsvereiste'.
16. Van Mourik 2008, nr. 46. Van Mourik merkt op dat het antwoord op de vraag waar de grenzen bij delegatie van uiterste wilsbeschikkingen liggen, mede wordt gegeven 'in het besef dat uiterste wilsbeschikkingen een persoonlijk karakter hebben en aan strenge vormvereisten zijn onderworpen'. Van Mourik 2013, nr. 46 geeft aan dat het hoogstpersoonlijke karakter op *het eerste gezicht* op gespannen voet staat met art. 4:42 lid 3 BW, maar dat de verwijzing naar 'de hoogstpersoonlijke aard' van de uiterste wilsbeschikking in de literatuur met weinig sympathie wordt omringd.
17. F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 116 waar opgemerkt wordt dat uit het feit dat de uiterste wilsbeschikking een hoogstpersoonlijke rechtshandeling is, voortvloeit dat de erflater de invulling van zijn uiterste wil niet onbeperkt aan een derde kan overlaten.
18. Kleijn 2004a.
19. *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771. Zie ook *Kamerstukken II* 1991/92, 17141, 11, p. 15 (VV II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771 en Zwalve 1983 naar aanleiding waarvan de vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer de vraag stelt.



B) *Praktisch belang*<sup>20</sup>1) *Hoe het per 1 januari 2003 ingevoerde erfrecht de 'delegatie-mogelijkheden' aanwakkert*

Vóór 1 januari 2003 had flexibel testen veelal niet het beoogde effect. Onder de vigeur van het oude erfrecht kon de uitvoering van erflaters uiterste wil namelijk worden doorkruist door de aanspraken van legitimarissen. Sinds de invoering van Boek 4 BW op 1 januari 2003 is dit veranderd. Vanaf dat moment hoeft de erflater een beroep op de legitieme portie amper te vrezen. De werking van de legitieme is namelijk getemperd. In plaats van het verwerven van het erfgenaamschap verkrijgen de legitimarissen met een beroep op de legitieme nu nog slechts een geldaanspraak op de erfgenen. Op grond van art. 4:81, 4:82 en 4:83 BW is deze geldaanspraak bovendien vaak geruime tijd niet-opeisbaar. Erflaters vrijheid om over zijn vermogen te beschikken voor de periode na zijn overlijden is hierdoor aanzienlijk verruimd. Een beroep op de legitieme portie zal zijn testeervrijheid immers niet meer in goederen-rechtelijke zin beperken. De gewijzigde aard van de legitieme portie opent zodoende een deur om flexibeler te kunnen testen dan vóór 1 januari 2003 mogelijk was, waardoor ook het vraagstuk naar de mogelijkheden van wilsdelegatie – dat een vergaande flexibiliteit inhoudt – actueel is geworden. Deze deur wordt echter weer enigszins dichtgehouden door de andere wettelijke rechten, die dwingendrechtelijk van aard zijn en waaraan ik nader aandacht besteed in paragraaf 1.3.3.3.

Voorts kennen we per 1 januari 2003 art. 4:171 BW, dat het delegatievraagstuk eveneens actueel heeft gemaakt. Dit artikel bepaalt dat bij de uiterste wil de bevoegdheden en verplichtingen van de bewindvoerder nader kunnen worden geregeld. Zij kunnen daarbij *ruimer* of *beperkter* worden vastgesteld dan uit afdeling 4.5.7 BW (testamenteir bewind) voortvloeit. Hiermee is de weg geplaveid om aan de testamentaire bewindvoerder ruime bevoegdheden toe te kennen, waaronder zelfstandige verdelingsbevoegdheden.<sup>21</sup>

2) *Het levenstestament, de gevolmachtigde en zijn bevoegdheden in de wilsonbekwame periode*

In de praktijk wordt het zogenoemde 'levenstestament' aangeboden.<sup>22</sup> Dit is een akte waarin een persoon voor het onverhoopte geval dat hij *tijdens leven* zelf niet meer kan

20. Zie ook Bauduin 2012a.

21. Zie voor de rechtspraak op dit terrein B. Schols 2012, p. 73-78. Samen met art. 4:155 lid 4 BW (vermoeden bewind ingesteld in gemeenschappelijk belang) vormt art. 4:171 BW de basis voor het afwikkelingsbewind. Het afwikkelingsbewind ontleent zijn kracht weer aan de tot een verbintenissenrechtelijke aanspraak afgezwakte legitieme portie. *Kamerstukken II* 1981/82, 17141, 3, p. 62 (MVT); *Parl. Gesch. Inv.* p. 2050. Zie ook B. Schols 2004a, p. 225-226 en B. Schols 2007a, p. 408.

22. Vgl. de Duitse en Oostenrijkse 'Vorsorgevollmacht' en het Franse 'mandat de protection future'. Zie over het levenstestament Engelbertink 2013. Zie ook het *Themanummer levenstestament* in *FTV* oktober 2010, nr. 39-46. In het levenstestament kunnen onder meer wensen en volmachten worden vastgelegd met betrekking tot de woning, de onderneming, het al dan niet mogen verrichten van medische (be)handelingen, de opvang en opvoeding van kinderen, het beheer van vermogen of van persoonlijke internetsites zoals facebook en hyves, het benoemen van een curator, bewindvoerder of mentor, de verzorging van huisdieren en het verrichten van schenkingen.

of wil handelen, zijn wensen kenbaar maakt en volmachten/ opdrachten verleent waarmee de gevolmachtigde/ opdrachtnemer zijn belangen in deze periode kan behartigen.<sup>23</sup> Er wordt met andere woorden een vertrouwenspersoon met een zekere beslissingsbevoegdheid en daarbij behorende beoordelingsvrijheid ingeschakeld voor een periode waarin men zelf niet meer kan handelen.

Met het oog op het veranderlijke leven en de daarin besloten liggende onvoorziene omstandigheden ('Word ik ooit dement? Krijg ik een ernstig ongeluk?' of 'Wanneer overlijd ik en wat voor vermogen heb ik op dat moment?'), kan men zich afvragen waarom er geen bezwaren bestaan tegen het inroepen van de hulp van een met beoordelings- en beslissingsbevoegdheden beklede vertrouwenspersoon bij het vormgeven van vermogensrechtelijke en persoonlijke aangelegenheden *van het leven*, maar deze in overwegende mate wel zouden bestaan bij het vormgeven van vermogensrechtelijke en persoonlijke aangelegenheden *ter zake des doods*.

### 3) *De medaille omgekeerd: ook fiscaalrechtelijke belangstelling*

Met de komst en ontwikkeling van flexibele uiterste wilsbeschikkingen staat het onderwerp 'delegatie in het erfrecht' ook op de fiscale agenda. Niet zelden beoogt de erflater namelijk met een flexibele uiterste wil belasting te besparen. Door keuzevrijheid aan bijvoorbeeld de erfgenamen te laten, kunnen deze na overlijden op de meest optimale wijze (civiel en fiscaal) de nalatenschap afwikkelen. Hetgeen in de fiscale wereld niet onopgemerkt blijft. Zo werd tijdens een wetgevingsoverleg over de gewijzigde SW 1956 onder andere het volgende opgemerkt:

'Ik [staatssecretaris De Jager] noem ook de aanpak van ongewenste methoden om belasting te ontwijken via onder andere de APV's en keuzetestamenten. Bij deze laatste is geen sprake van de laatste wil; daarin wordt gezegd: kies maar, erfgenamen. Het is zelfs zo dat wordt gezegd: executeur testamentair, kies maar wie mijn erfgenamen zijn en verdeel maar op de fiscaal meest gunstige manier. [...]'<sup>24</sup>

De Belastingdienst heeft zich ook wel eens de vraag gesteld of er civielrechtelijk nog sprake was van een laatstewilbeschikking [...] Het testament bevatte een extreme mate van keuzevrijheid. Dit had duidelijk mede tot doel om de meest optimale fiscale benadering te kiezen bij de toepassing van het testament [...] Of er in civielrechtelijke termen dan nog sprake is van een laatstewilbeschikking mag inderdaad betwijfeld worden. Toch is die conclusie waarschijnlijk onvoldoende voor de Belastingdienst om dit te bestrijden. Dus is er een wetswijziging nodig om dit soort dingen beter te kunnen bestrijden en duidelijk te stellen dat dit niet zo maar kan.'<sup>25</sup>

23. Het levenstestament werkt tijdens leven en verschilt hierin van het testament als bedoeld in art. 4:42 BW, dat pas werkt *na overlijden*. Het levenstestament is ontwikkeld op verzoek van de juridische en maatschappelijke praktijk, te weten kantonrechters en ouderenorganisaties. Vooral met de aankomende vergrijzing en de verwachte toename van het aantal dementerenden (in het World Alzheimer Report 2013, te raadplegen via <http://www.alz.co.uk/research/WorldAlzheimerReport2013.pdf> schat Alzheimer's Disease International dat er wereldwijd meer dan 35 miljoen dementiepatiënten zijn. Verwacht wordt dat dit er in 2050 meer dan 115 miljoen zijn) groeit de behoefte om bepaalde zaken tijdens leven duidelijk vast te leggen voor een periode waarin men zelf niet meer bekwaam is zijn wil te uiten, zodat men in die periode niet overgeleverd is aan het handelen van zelfingenomen kinderen of onwetende kantonrechters.

24. *Kamerstukken II 2009/10, 31930, 40*, p. 28. Verwondering hierover bij de heren Omzigt en Remkes op pagina 30 en 32.

25. *Kamerstukken II 2009/10, 31930, 40*, p. 33. Hierbij kan echter de kanttekening worden geplaatst of en in hoeverre dergelijke uiterste wilsbeschikkingen thans in de praktijk wel echt voorkomen.

De vraag naar de grenzen van delegatie in het erfrecht houdt dus niet enkel de gemoederen van de erflater bezig. Ook de fiscus verlangt opheldering nu de huidige wet op dit terrein aan duidelijkheid tekortschiet. De medaille wordt omgekeerd. Gebukt onder de oprukkende dreiging van verlies aan potentiële inkomsten stuurt de staatssecretaris, in het hierboven aangehaalde citaat, op een opponerende wetswijziging aan. De fiscus trekt liever niet aan het kortste eind en verwelkomt een fiscaalrechtelijke beteugeling van keuzetestamenten dan ook met open armen.<sup>26</sup> Of is het de civiele wetgever die hier aan zet is en dient hij, door bijvoorbeeld een (algeheel?) delegatieverbod, paal en perk te stellen aan uiterste wilsbeschikkingen met extreme keuzemogelijkheden?<sup>27</sup> Hoe het ook zij, het delegatievraagstuk staat, ook vanuit fiscaalrechtelijk oogpunt, in de schijnwerpers.<sup>28</sup>

### C) *Wetenschappelijk belang*

Met het praktische belang treedt ook het wetenschappelijk belang op de voorgrond. De goederenrechtelijke legitieme portie hield lange tijd de deur voor flexibele testamenten gesloten. Met de komst van een nieuw Boek 4 BW is daar, zoals ik hiervoor al aanstipte, verandering in gekomen. De testeervrijheid van erflater neemt thans in het erfrecht een vooraanstaande positie in en dient als centraal erfrechtelijk beginsel in het algemeen te worden geëerbiedigd. Het individuele karakter van eigendom brengt mee dat het erflaters wil is die de scepter zwaait indien hij over zijn vermogen wenst te beschikken ter zake des doods.<sup>29</sup> Slechts zwaarder wegende belangen (zoals het belang van de langstlevende echtgenoot om ongestoord verder te kunnen leven, maar ook het algemeen belang en zijn maatstaf 'strijd met de goede zeden of de openbare orde') kunnen hem deze macht in bepaalde gevallen *ontnemen*, in die zin dat erflater in zijn testeervrijheid wordt beperkt.

De hamvraag van dit onderzoek, te weten 'waar liggen de grenzen van delegatie in het erfrecht?', is in wezen een vraag naar de grenzen van de testeervrijheid. Grenzen die ten opzichte van het oude erfrecht zijn gemoderniseerd en passen bij de huidige maatschappij.<sup>30</sup> De testeervrijheid van vandaag de dag is niet de testeervrijheid van vóór 1 januari 2003. Met de verander(en)de maatschappelijke behoeften rijst de vraag hoever de testeervrijheid tegenwoordig dan reikt. Staat zij het toe dat een erflater bij

26. Deze fiscaalrechtelijke beteugeling kan gerealiseerd worden door uiterste wilsbeschikkingen met extreme keuzemogelijkheden op een bepaalde wijze te belasten. Zie in dit verband de afsluitende opmerking van B. Schols 2010, p. 28: 'Als de Staatssecretaris zich maar niet verkeken heeft op de civielrechtelijke kracht van de executeur of anders gezegd: is de betreffende wetswijziging er wel gekomen?'.

27. Zie ook *Kamerstukken II* 2009/10, 31930, nr. 38, p. 9, *Kamerstukken I* 2009/10, 31930, D, p. 22 en *Kamerstukken I* 2009/10, 31930, F, p. 4, waarin de staatssecretaris ingaat op de vraag of er bij testamenten met zeer vergaande keuzemogelijkheden nog sprake is van een uiterste wilsbeschikking. Hij geeft hierbij aan dat het een vraagstuk van *civilrechtelijke* aard betreft, waarbij het hem niet past om daarover uitspraken te doen.

28. Zie in dit kader ook de brief van de Belastingdienst van 6 juni 2013 in Vakstudie Nieuws (V-N 2013/40.14) met betrekking tot de quasi-wettelijke verdeling en art. 1 lid 3 SW en de correctie hierop in de brief van de Belastingdienst kantoor Rotterdam 21 november 2013 te kennen uit Notamail 2013/313.

29. Wenst hij dit niet te doen, dan is het de wetgever die bepaalt hoe het vermogen vererft (art. 4:1 BW).

30. Denk aan de bepalingen betreffende de legitieme portie, maar ook aan de andere wettelijke rechten.

uiterste wil bepaalt dat een ander in zijn plaats over zijn eigendom beslist?<sup>31</sup> Of pleit een zwaarder wegend algemeen belang dan wel erflaters eigen belang hiertegen en behoort een dergelijke uitoefening van de testeervrijheid door middel van een delegatieverbod aan erflater te worden ontnomen?

Essentiële vragen voor de toekomst van het erfrecht. Vragen waaraan op wetenschappelijk gebied nog weinig aandacht is besteed. De erfrechtelijke literatuur heeft nauwelijks oog voor de delegatieproblematiek. Terwijl, met de sinds 1 januari 2003 geopende deur voor flexibele uiterste wilsbeschikkingen, voor haar juist een mooie ophelderende taak is weggelegd.

#### D) *Vermogensrecht*

Boek 4 BW staat niet op zichzelf. Het maakt deel uit van het vermogensrecht, waartoe eveneens de Boeken 3, 5, 6, 7, 7A en 8 BW behoren.

Om het erfrecht, dat regelt wat er met iemands vermogen gebeurt na overlijden, te kunnen doorgronden, is enkel de studie van Boek 4 BW ontoereikend. Het vermogensrecht dient als geheel te worden bestudeerd. Zijn gelaagde structuur maakt dat de verschillende boeken onlosmakelijk met elkaar zijn vervlochten. Als een rode draad zal het vermogensrecht dan ook door dit onderzoek lopen. Te meer omdat in het erfrecht geen kant en klare antwoorden op het delegatievraagstuk te vinden zijn. Ik zal zodoende uitstapjes maken naar de andere vermogensrechtelijke boeken, in het bijzonder Boek 3, 6 en 7 BW. In het laatst genoemd Boek is de schenking geregeld. Een eenzijdige overeenkomst die nauw verwant is met het erfrecht en die vanwege deze verwantschap wellicht voor het delegatievraagstuk, als vergelijkingsinstrument, bruikbare vruchten kan afwerpen.

#### E) *Rechtsvergelijking*

'Bei uns ist alles besser'. Voor wat het juridisch onderzoek naar de grenzen van wilsdelegatie in het erfrecht betreft, gaat dit cliché mijns inziens zeker op. Daar waar in Nederland het delegatievraagstuk nog in de kinderschoenen staat, heeft de Duitse doctrine al aardig wat aandacht aan het onderwerp gewijd.<sup>32</sup> Dit verbaast overigens niet. Al geruime tijd vóór 1 januari 2003 kent het Duitse erfrecht de, in beginsel, verbintenisrechtelijke legitieme portie (*Pflichtteil*), hetgeen de realisatie van flexibele testamenten ten goede komt. Niettemin is delegatie in Duitsland geen vanzelfsprekendheid. Leunend op een door de geschiedenis gevormd beginsel, te weten het beginsel van *die materielle Höchstpersönlichkeit*, drukte de Duitse wetgever het delegeren van testeerbevoegdheden enigszins de kop in door in § 2065 BGB een algemeen delegatieverbod neer te leggen:

'1. Der Erblasser kann eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, dass ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll.

31. Vgl. de volmachtverlening tijdens leven.

32. Zie onder anderen Grossfeld 1968; Sünner 1969; Stiegeler 1985; Sens 1990; Zimmermann 1991; Kossmann 1994; Wagner 1997; Frey 1999; Halding-Hoppenheit 2003.

II. Der Erblasser kann die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie die Bestimmung des Gegenstands der Zuwendung nicht einem anderen überlassen.'

§ 2065 II BGB brengt het zogenoemde *Drittbestimmungsverbot* tot uitdrukking. In de literatuur en de rechtspraak is dit verbod omstreden. Daarenboven voorziet de wet zelf in een aantal belangrijke uitzonderingen,<sup>33</sup> hetgeen de Duitse jurist niet onberoerd heeft gelaten. Het reeds verrichte onderzoek naar de ratio van het *Drittbestimmungsverbot* kan voor het Nederlandse delegatievraagstuk verhelderend werken. Wellicht heeft men daar met een zelfde soort vragen geworsteld. Een gedachte die niet onaannemelijk is, omdat het BW sterk op het BGB is geënt.<sup>34</sup>

Het doel van de rechtsvergelijking met Duitsland is het verwerven van inzichten die van belang kunnen zijn voor de ontwikkeling van het leerstuk 'wilsdelegatie' in het Nederlandse erfrecht. De rechtsvergelijking heeft enkel een praktisch doel, waarmee het Nederlandse delegatievraagstuk gerelativeerd kan worden. Gelet op dit doel blijft een uitgebreide beschrijving van het Duitse erfrecht als zodanig achterwege.

### III. Terminologie en reikwijdte

In dit onderzoek wordt onder *delegatie in het erfrecht* ofwel onder *wilsdelegatie* verstaan: een bepaalde bevoegdheidsverlening door de erflater bij uiterste wil aan een bepaald persoon, de gedelegeerde, waarmee deze aan de hand van de eigen wil binnen een bepaalde of redelijke termijn de uiterste wilsbeschikking van erflater nader kan invullen en daarmee de beoogde rechtsgevolgen nader kan vaststellen.<sup>35</sup>

33. Zie §§ 2151, 2156, 2193, 2198, 2200 en 2148 BGB. Hierover hoofdstuk 3 'Het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke'.

34. B. Schols 2007a, p. 15: 'Meijers was enorm geïnspireerd door het Bürgerliches Gesetzbuch. De Duitse geest waart dan ook in ons Burgerlijk Wetboek rond', waarbij hij in zijn noot verwijst naar 'B.E. REINHARTZ, Recent Changes in the law of Succession in the Netherlands: On the Road towards a European Law of Succession?', vol. 11.1 *Electronic Journal of Comparative Law* (May 2007), <<http://www.ejcl.org/111/article11-17.pdf>>, p. 10'. Ik lees hierin onder meer dat: 'When one looks at the whole of the parliamentary history of the new law of succession, there are for instance 84 references to German law, 34 to Swiss law, 42 to French law, and 6 to Greek law. It is not possible within this article to list all references in detail but one can note that only a few members of parliament themselves referred to foreign legal systems. In most cases they used the references that were given by Meijers and later by the groups that proposed the other parts of the new law.'

35. De rechtsgevolgen van het handelen door de gedelegeerde worden *toegerekend aan* de erflater. De gedelegeerde handelt met andere woorden 'in de geest van' de erflater en wilsdelegatie raakt in dit opzicht mijns inziens dan ook het *vertegenwoordigingsleerstuk*. Vgl. hiermee de *bestuursrechtelijke* definitie van delegatie. Hier vindt een bevoegdheidsoverdracht met de daarbij behorende *verantwoordelijkheid* plaats. Art. 10:13 Awb luidt immers: 'Onder delegatie wordt verstaan: het overdragen door een bestuursorgaan van zijn bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent.' Delegatie, in bestuursrechtelijke zin, is zodoende *geen vorm van vertegenwoordiging*. Dit in tegenstelling tot het mandaat. Het bestuursorgaan dat het mandaat verleent, behoudt de verantwoordelijkheid. Art. 10:1 Awb: 'Onder mandaat wordt verstaan: de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen'. Zie ook *Kamerstukken II* 1993/94, 23700, 3, p. 165: 'Bij mandaat gaat het om een bevoegdheidsuitoefening waarvoor het mandaterende bestuursorgaan verantwoordelijk blijft, en waarover het dan ook de zeggenschap blijft behouden. Rechtens geldt een in mandaat genomen besluit als een besluit van de mandaatgever: de rechtsgevolgen zijn dezelfde als wanneer de mandaatgever zelf het besluit tot stand had gebracht. Mandaat is te beschouwen als de publiekrechtelijke tegenhanger van de volmacht uit het privaatrecht'.

Hierbij dient steeds te worden gerealiseerd dat wilsdelegatie op twee manieren kan plaatsvinden:

1. Door de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking door een ander te laten bepalen. Bijvoorbeeld: 'Ik legateer mijn handboeken erfrecht aan diegene van mijn neefjes die mijn broer Y binnen zes weken na mijn overlijden zal aanwijzen.'
2. Door de *werking* van de uiterste wilsbeschikking door een ander te laten bepalen. Bijvoorbeeld: 'Mijn vriend X krijgt mijn handboeken erfrecht gelegateerd, tenzij mijn broer Y dit niet wil.'

Om de grenzen van wilsdelegatie in kaart te kunnen brengen, zal met dit onderscheid rekening dienen te worden gehouden. Wellicht leiden de twee verschillende wijzen waarop wilsdelegatie kan plaatsvinden tot te onderscheiden soorten criteria aan de hand waarvan de toelaatbaarheid van wilsdelegatie dient te worden beoordeeld.

Bij de zoektocht naar de grenzen van wilsdelegatie heb ik enkel oog voor de *wettelijke* grenzen. Wat is op delegatiegebied toegestaan zonder dat de uiterste wilsbeschikking *nietig* is? De vraag in hoeverre er *praktische* grenzen zijn ten aanzien van bijvoorbeeld de uitvoering van de delegatiebevoegdheid en de controle van de gedelegeerde, wordt in dit onderzoek niet onder de loep genomen. Wellicht ligt hier een mooi (vervolg-) onderzoek voor het oprapen.<sup>36</sup>

#### IV. Opbouw van het onderzoek

Het onderzoek bestaat uit zes hoofdstukken, die zijn ingedeeld in drie delen.

##### *Deel I: Algemeen delegatieverbod*

In het eerste deel, dat de hoofdstukken 1, 2 en 3 beslaat, wordt nagegaan of het Nederlandse erfrecht een algemeen delegatieverbod kent. De volgende vragen staan hier centraal: Is een delegatieverbod met het oog op de testeervrijheid te rechtvaardigen (*hoofdstuk 1*)? Wat zegt de uiterste wilsbeschikking als bedoeld in art. 4:42 lid 1 BW – te weten een eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erflater een

recht. Delegatie is daarentegen een overdracht van bevoegdheid. De verantwoordelijkheid voor de uitoefening van de overgedragen bevoegdheid berust niet langer bij de delegans, maar komt bij degene aan wie de bevoegdheid is gedelegeerd te liggen; deze oefent haar verder zelfstandig uit. Daarmee stemt overeen dat het delegerende bestuursorgaan de zeggenschap over de wijze van uitoefening in beginsel kwijt is. Terwijl men mandaat kan beschouwen als een vorm van vertegenwoordiging, is daarvan bij delegatie geen sprake. De overgedragen bevoegdheid wordt zelfstandig en op eigen naam uitgeoefend.' Vanuit bestuursrechtelijk oogpunt heeft de term 'delegatie' in dit onderzoek, mijns inziens, een te zware lading. Termen als 'overdracht van beslissingsbevoegdheden' of 'het testamentaire mandaat' dekken de lading in erfrechtelijke context, naar mijn mening, beter.

36. Waar *behoren* de grenzen van wilsdelegatie te liggen? Ofwel zijn de theoretische grenzen wel *wenselijke* grenzen en komen er geen *uitvoerings-* en *controleproblemen* indien een erflater tal van testeerbevoegdheden aan een ander delegeert? Voor de beantwoording van deze vraag kan een rechtsvergelijking met het Anglo-Amerikaanse recht (ondanks dat dit recht geheel andere wortels kent dan ons rechtssysteem) interessant zijn. In het Anglo-Amerikaanse recht kan namelijk met behulp van het trustrecht en het verlenen van '*powers of appointment*' tegemoet worden gekomen aan de gewenste erfrechtelijke flexibiliteit om na erflaters overlijden via een vertrouwenspersoon nog in te spelen op gewijzigde omstandigheden.

beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden en die in Boek 4 BW is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt – over de mogelijkheid om te delegeren (*hoofdstuk 2*)? En impliceert het vereiste van (hoogst)persoonlijk testen zoals dat tot uitdrukking komt in art. 4:42 lid 3 BW een delegatieverbod (*hoofdstuk 3*)?

*Deel II: Delegeren ten aanzien van de inhoud*

In het tweede deel wordt de zoektocht naar de grenzen van wilsdelegatie gestart. In dit deel staat de vraag centraal in hoeverre het toelaatbaar is om te delegeren ten aanzien van de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking. Aan de hand van welk criterium of criteria kan dit worden beoordeeld (*hoofdstuk 4*)? En wat is er aan de hand van dit criterium of deze criteria concreet mogelijk (*hoofdstuk 5*)?

*Deel III: Delegeren ten aanzien van de werking*

In het derde deel wordt de zoektocht naar de grenzen van wilsdelegatie voortgezet. Anders dan in het tweede deel, waarin gekeken wordt naar de grenzen van wilsdelegatie ten aanzien van de inhoud van de uiterste wilsbeschikking, staat in dit deel de vraag centraal in hoeverre het toelaatbaar is om te delegeren ten aanzien van de *werking* van de uiterste wilsbeschikking. Zou het willekeurcriterium hier een rol spelen en hoe dient, bijvoorbeeld, de *potestatieve voorwaarde* in het erfrecht te worden uitgelegd (*hoofdstuk 6*)?





# Testeervrijheid

*Rien n'est plus difficile, et donc plus très, que pour pouvoir décider.*

*(Napoleon Bonaparte)*

## 1.1. Inleidend

De grenslijn tussen geoorloofde en ongeoorloofde delegatie in het erfrecht kan niet worden getrokken zonder een nadere bestudering van de testeervrijheid. Delegeren, indien toegestaan, geschiedt immers via testen. Door te testen kan een erfflater bepalen wat met zijn vermogen na overlijden gebeurt.<sup>1</sup>

Is een erfflater volledig vrij om te testen zoals hem goedgevindt? Een ontkennend antwoord op deze vraag wordt ingegeven door het besef dat een *grenzeloze* vrijheid een illusie is.<sup>2</sup> Dit neemt niet weg dat de testeervrijheid ver kan reiken en haar grenzen door veranderende maatschappelijke behoeften kneedbaar en verlegbaar zijn.

Grenzen zijn weliswaar belangrijk bij het vormgeven van een vrijheid, maar zij zijn niet de vrijheid zelf. Iedere vrijheid heeft ook haar eigen inhoudelijke rotsvaste kern. Het verbaast mij dan ook enigszins dat in erfrechtelijke handboeken enkel wordt gewezen op de *grenzen* van de testeervrijheid,<sup>3</sup> terwijl de testeervrijheid als *centraal erfrechtelijk beginsel* geen nadere inhoudelijke toelichting geniet.<sup>4</sup>

Juist omdat de testeervrijheid aan de basis van het testamentaire erfrecht staat, dient naar mijn mening de kern van dit beginsel te worden doorgelicht alvorens het accent

1. De beschikkingen in een uiterste wil zijn niet alle steeds van *vermogensrechtelijke* aard (denk onder andere aan de benoeming van een voogd en de last tot het regelen van de begrafenis of crematie).
2. Vgl. Wijnberg 2010, p. 45: 'Allereerst moet worden opgemerkt dat ieder soort vrijheid noodzakelijkerwijs grenzen veronderstelt. Zonder grenzen – dit mag wel en dit mag niet – is er geen sprake meer van vrijheid. Grenzeloze vrijheid is namelijk doelloos: ze dient nergens toe.'
3. Bijvoorbeeld Asser/Perrick 2013 (4), nr. 232 e.v. ('Beperkingen van de testeervrijheid. Algemeen'), nr. 296 e.v. ('Beperkingen van de testeervrijheid. De legitieme portie'), nr. 363 e.v. ('Beperkingen van de testeervrijheid. Andere wettelijke rechten'). Door het accent op *de grenzen* van de testeervrijheid te leggen, lijkt de vraag naar de eigenlijke inhoud van dit beginsel in de vergetelheid te raken. Zie voorts Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 162, 166, 176, 187, 218, 270-271; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 17 e.v., nr. 102 e.v.; Van Mourik, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 90, die allen 'de testeervrijheid' als een voor zich sprekend begrip hanteren zonder haar inhoudelijk op enige wijze nader toe te lichten.
4. Zo ook Huijgen 2000, p. 86: 'Het is opmerkelijk dat het van ouds bekende en belangrijke beginsel van de testeervrijheid in de (hand)boeken over het erfrecht weliswaar vrijwel steeds wordt genoemd, maar nergens verder wordt uitgewerkt.'

op de kneedbare grenzen kan worden gelegd.<sup>5</sup> In de volgende paragraaf zal ik dan ook nagaan wat de inhoudelijke reikwijdte van de testeervrijheid is. Dit geschiedt onder andere door haar te plaatsen in het grotere geheel van het autonomiebeginsel, de grondrechten en het eigendomsrecht.

## 1.2. Testeervrijheid: een fundamenteel erfrechtelijk beginsel

### 1.2.1. Autonomiebeginsel in het erfrecht

De zoektocht naar de grenzen van delegatie in het erfrecht moet in een breder perspectief worden geplaatst. Hij wordt op touw gezet door de grondwettelijk gewaarborgde vrijheid van het individu en het hiermee samenhangende recht op zelfbeschikking, ook wel *autonomiebeginsel* genoemd.<sup>6</sup> De autonomie van het individu begon in de 18<sup>e</sup> eeuw onder de noemer 'liberalisme' aan een opmars en speelt thans in het privaatrecht een dominante rol. 'Het privaatrecht staat en valt met de erkenning van het fundamentele recht op zelfbeschikking', zo schreef Nieuwenhuis.<sup>7</sup> Niet alleen op het eigendomsrecht, het contractenrecht en het aansprakelijkheidsrecht drukt het autonomiebeginsel zijn stempel,<sup>8</sup> ook in het erfrecht is dit beginsel nadrukkelijk aanwezig en wel in de vorm van de testeervrijheid.<sup>9</sup>

5. De grenzen van de testeervrijheid staan centraal in paragraaf 1.3 'Testeervrijheid: een gebonden beginsel'. Zij geven de testeervrijheid mede haar definitieve vorm.

6. De *klassieke grondrechten* waarborgen de vrijheid van het individu. Het traditionele onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten is evenwel niet absoluut. Zie ook: Koopmans 1976, p. 4-7. Zie over het autonomiebeginsel Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 41: 'Het autonomiebeginsel richt zich op de 'aanwezigheid en de garantie van de mogelijkheid zichzelf te ontplooiën'. Het autonomiebeginsel is niet uitdrukkelijk in de wet verankerd. Zij wordt evenwel geconcretiseerd door art. 3:33 BW (Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 44), dat als volgt luidt: 'Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.' De wil van de handelende persoon die in een *verklaring* is uitgedrukt, maakt een handeling tot *rechtshandeling*. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 119: 'De verklaarde wil is nodig voor het tot stand doen komen van een overeenkomst'. Ook de uiterste wilsbeschikking is een rechtshandeling (art. 4:42 lid 1 BW) en draagt via art. 3:33 BW het autonomiebeginsel in zich. In Duitsland vindt men het autonomiebeginsel terug in art. 2 GG:

I. Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

II. Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.'

Dit artikel laat doorschemeren dat het autonomiebeginsel niet absoluut is en zijn beperkingen kent, met name daar waar belangen van anderen en het maatschappelijk belang een rol spelen. In paragraaf 1.3, betreffende de grenzen van het beginsel van testeervrijheid, komen deze belangen van anderen en het maatschappelijk belang als beperkende factoren van erflaters vrijheid om over zijn vermogen te beschikken ter zake des doods aan bod.

7. Nieuwenhuis 1979, p. 63.

8. Huijgen 2000, p. 87.

9. Zo ook Coene 1982, p. 313; Broomhaar 1992, p. 3; Heuff 1995, p. 95; Huijgen 2000, p. 86; Smits 2003, p. 40; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 218.

Het beginsel van testeervrijheid wordt door de wetgever niet uitdrukkelijk uitgesproken. Van Hedel wijst erop dat art. 4:1 BW het beginsel *impliciet* omvat.<sup>10</sup> In dit artikel is bepaald dat *erfopvolging* plaats heeft bij versterf of krachtens *uiterste wilsbeschikking* (art. 4:42 BW) en dat de erflater bij een uiterste wilsbeschikking die een erfstelling of een onterving inhoudt, kan afwijken van de erfopvolging bij versterf.

De testeervrijheid omvat evenwel, zoals ik hierna zal toelichten, veel meer dan enkel de mogelijkheid om van de erfopvolging bij versterf af te wijken door het maken een uiterste wilsbeschikking die een erfstelling of een onterving inhoudt. Het besef dat de testeervrijheid een uitvloeisel van het autonomiebeginsel in het erfrecht is, maakt haar tot een verlengstuk van de beschikkingsmacht die een persoon tijdens leven toekomt. Voor een inhoudelijke uiteenzetting van het beginsel van testeervrijheid kan dan ook te rade worden gegaan bij de overeenkomstrechtelijke verwant van de testeervrijheid, te weten het beginsel van de contractsvrijheid.

## 1.2.2. Erfrechtelijke tegenhanger van de contractsvrijheid

### 1.2.2.1. Twee 'subvrijheden'

Evenals de testeervrijheid in het erfrecht is de contractsvrijheid in het contractenrecht een uitingvorm van het autonomiebeginsel.<sup>11</sup> Beide beginselen behoren zodoende tot dezelfde stamboom.<sup>12</sup> Dit maakt dat de contractsvrijheid goede diensten kan bewijzen bij het inkleden van het beginsel van testeervrijheid.<sup>13</sup> De volgende kanttekening dient evenwel te worden geplaatst. Het middel waarmee de contractsvrijheid wordt uitgeoefend, te weten de overeenkomst, is een in beginsel vormvrije (art. 3:37 BW) meerzijdige rechtshandeling (art. 6:213 e.v. BW), die door partijen dient te worden nagekomen (*pacta sunt servanda*). De uiterste wilsbeschikking, het middel om de testeervrijheid uit te oefenen, is daarentegen een eenzijdige, vormgebonden en herroepelijke rechtshandeling (art. 4:42 BW).<sup>14</sup> Bovendien wordt een uiterste wils-

10. Van Hedel 2007, p. 609. Zo ook Heuff 1995, p. 95. Vgl. België en Duitsland waar het beginsel van testeervrijheid evenmin expliciet in het Belgische BW resp. Duitse BGB is neergelegd, maar waar het niettemin uit art. 544 van het Belgische BW (zie ook Coene 1982, p. 313) resp. §§ 1937- 1941 van het BGB (zie ook Frank/Helms 2010, p. 42) kan worden afgeleid. In Duitsland wordt de testeervrijheid overigens grondwettelijk gewaarborgd door art. 14 GG. Hierover meer in subparagraaf 1.2.3 'Ongeschreven grondrecht'.
11. Zie voor de relatie tussen het autonomiebeginsel en de contractsvrijheid Nieuwenhuis 1979, p. 6-7 en 63-65 en de opmerkingen van Huijgen 2000, p. 86-87, die erop wijst dat naast Nieuwenhuis' opvatting dat het autonomiebeginsel de contractsvrijheid vooronderstelt, de contractsvrijheid tevens een *gevolg* is van het autonomiebeginsel. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 41 e.v.; Hijma, *Rechtshandeling en overeenkomst* 2010, nr. 14; Van Dam, *Rechtshandeling en overeenkomst* 2010, nr. 146-147. Zie over het autonomiebeginsel en de contractsvrijheid ook Schnewille 2012. Hij schrijft in het bijzonder over de partijautonomie in het relatievevermogensrecht.
12. *Kamerstukken I* 1998/99, 17141, 120, p. 1-2 (VV I), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1665. Zo ook Huijgen 2000, p. 86-87. Vgl. voorts Coene 1982, p. 313; Milat 1965, S. 582: '(...) die Testierfreiheit, der im Erbrecht die gleiche Rolle wie der Vertragsfreiheit im allgemeinen Vermögensrecht zukommt (...)'.<sup>13</sup>
13. Zo ook Huijgen 2000, p. 86. Kroppenberg 2008 merkt echter op dat de testeervrijheid veelal in de schaduw van de contractsvrijheid staat. In haar onderzoek pleit zij voor een 'dezidiert rechts-geschäftliches Verständnis der Testierfreiheit'.
14. Bij de uiterste wilsbeschikking treedt het rechtsgevolg in door de wilsuiting van één persoon, namelijk de erflater. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 2 en Hijma, *Rechtshandeling en overeenkomst* 2010, nr. 5 voor het onderscheid tussen meerzijdige en eenzijdige rechtshandelingen.

beschikking gemaakt voor de periode na het overlijden van de erflater. Terwijl de overeenkomst in beginsel haar werking heeft tijdens het leven van de contractpartijen. Kroppenberg spreekt in dit verband van een *Authentifizierungsproblem*.<sup>15</sup> Het *Authentifizierungsproblem* is gelegen in het tweeledige karakter van testen. De rechtsbetrekkingen die de erflater met zijn beschikkingen beoogt, ontstaan niet tijdens zijn leven, maar pas op het moment dat hij zelf niet meer *rechtsfähig* is.<sup>16</sup> 'Vergleiche mit der Privatautonomie unter Lebenden', zoals de contractsvrijheid, moeten dan ook volgens Kroppenheit 'mit Vorsicht behandelt werden'.<sup>17</sup> Bij deze Duitse bedachtzaamheid dient overigens opgemerkt te worden dat er niettemin overeenkomsten zijn die de uiterste wilsbeschikking in dit opzicht raken. Denk bijvoorbeeld aan het *Erbvertrag* (§ 1941 en §§ 2274-2302 BGB) en voor het Nederlandse recht aan het verblijvingsbeding, veelal neergelegd in een samenlevingsovereenkomst of in huwelijkse voorwaarden, evenals aan de schenking ter zake des doods, die bovendien aan de notariële vorm gebonden is en waarbij de bevoegdheid tot herroeping kan worden bedongen (art. 7:177 BW).<sup>18</sup>

Hartkamp & Sieburgh geven de volgende omschrijving van het beginsel van contractsvrijheid:

'Het in het verlengde van het autonomiebeginsel liggende *beginsel van contractsvrijheid* brengt mee dat men bij het effecturen van de autonomie niet wordt belemmerd gebruik te maken van de mogelijkheid met behulp van een wilsverklaring bepaalde rechtsgevolgen in het leven te roepen. Dit betekent dat het een ieder vrij staat wel of niet een overeenkomst aan te gaan; een overeenkomst aan te gaan met wie men wil; de inhoud, de werking en de voorwaarden van een overeenkomst naar eigen inzicht te bepalen; deze wel of niet aan een vorm te binden en/of deze aan de bepaling van een gekozen wetgeving te onderwerpen (curs. NB).'<sup>19</sup>

15. Kroppenberg 2008, p. 9: 'Die Gestaltungsbefugnis von Todes wegen vereint in sich Elemente der materialen Gestaltungsfreiheit, die in der 'Gültigkeitsphase' der Verfügung von Todes wegen, mithin zu Lebzeiten des Erblassers zum Tragen kommen, mit den besonderen formellen Erfordernissen einer Willensfortgeltung aufgrund rechtlicher Anerkennung nach Eintritt des Erbfalls. Sie stellt sich für die Rechtsordnung als *Authentifizierungsproblem* dar, weil sie den Willen einer Person, die zu Lebzeiten unmittelbar keine Rechtspositionen begründen konnte, gerade in einem Zeitpunkt wirksam werden lässt, zu dem diese selbst nicht mehr rechtsfähig ist (curs. NB).'
16. Dat wil zeggen geen rechten en verplichtingen *kan* hebben. Zie Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2009, p. 4.
17. Kroppenberg 2008, p. 10.
18. In het erfrecht worden zij voor de regels betreffende de inkorting en vermindering overigens ook aangemerkt als 'quasi-legaten' (art. 4:126 BW). Hierover F. Schols 2005. Zie over de schenking ter zake des doods ook subparagraaf 2.5.2.2 'Ter vergelijking: schenking'.
19. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 41. Over de contractsvrijheid ook Schonewille 2012, p. 15-20, waarin hij het rechtsbeginsel contractsvrijheid verkent en duidt 'zoals dat ten grondslag ligt aan het Nederlandse privaatrechtelijke stelsel naar door vrijwel alle schrijvers wordt gemeend'. In noot 1 op p. 15 merkt hij hierbij op dat: 'Asser-Rutten, 1954, p. 28 en Kamphuisen, 1963, p. 124 vermelden met zoveel woorden dat contractsvrijheid aan het wettelijk systeem ten grondslag ligt; deze gedachte is ook terug te vinden in de parlementaire geschiedenis (*Parlementaire Geschiedenis. Boek 6*, p. 919). Andere schrijvers die hiervan uitgaan zijn onder anderen: Nieuwenhuis, 1979, p. 63, Vranken, 2000, p. 146 e.v., Loth 2009, p. 36. Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 35; ik merk hierbij voor de goede orde op dat de definities van contractsvrijheid die door deze schrijvers worden aangehangen verschillen en zij het begrip zich eveneens op verschillende wijzen laten verhouden tot het beginsel van partijautonomie.'

Hierin komt naar voren dat de contractsvrijheid vijf pijlers ofwel vijf 'subvrijheden' bevat, te weten:

1. De vrijheid om al dan niet een overeenkomst aan te gaan.
2. De vrijheid om een overeenkomst aan te gaan met wie men wil.
3. De vrijheid om de inhoud, de werking en de voorwaarden van een overeenkomst naar eigen inzicht te bepalen.
4. De vrijheid om de overeenkomst al dan niet aan een vorm te binden.
5. De vrijheid om de overeenkomst aan de bepaling van een gekozen wetgeving te onderwerpen.<sup>20</sup>

De zojuist gemaakte kanttekening, betreffende het verschil tussen de overeenkomst (een in beginsel vormvrije, meerzijdige en door partijen te respecteren rechtshandeling) en de uiterste wilsbeschikking (een vormgebonden, eenzijdige en herroepelijke rechtshandeling met werking na overlijden), brengt mee dat een één-op-één-vergelijking van de zojuist gegeven omschrijving van de contractsvrijheid met de testeervrijheid niet opgaat. De vrijheid om de uiterste wilsbeschikking al dan niet aan een vorm te binden (vgl. subvrijheid 4), wordt immers weggestreepd door het bepaalde in art. 4:42 lid 3 BW – dat een uiterste wilsbeschikking alleen bij uiterste wil kan worden gemaakt – en de vormvoorschriften van afdeling 4.4.4 BW.<sup>21</sup> Voorts brengt het eenzijdige karakter van de uiterste wilsbeschikking mee dat de vrijheid om een uiterste wilsbeschikking te maken ten behoeve van wie men wil (vgl. subvrijheid 2), omvat wordt door de vrijheid om de *inhoud*, de werking en de voorwaarden van een uiterste wilsbeschikking naar eigen inzicht te bepalen (vgl. subvrijheid 3).<sup>22</sup> Deze vrijheid, in het bijzonder de vrijheid om de *werking* van een uiterste wilsbeschikking naar eigen inzicht te bepalen, raakt in zekere zin de bevoegdheid van erflater om in de uiterste wil een rechtskeuze op te nemen (vgl. subvrijheid 5).<sup>23</sup> Het maken van een rechtskeuze houdt evenwel ook verband met de vrijheid om al dan niet een uiterste wilsbeschikking te maken (vgl. subvrijheid 1).<sup>24</sup> Het gegeven dat een uiterste wilsbeschikking een eenzijdige rechtshandeling is, heeft bovendien haar herroepelijkheid tot gevolg. Deze mogelijkheid om een uiterste wilsbeschikking eenzijdig te herroepen, kan mijns inziens opgevat worden als component van de vrijheid om al dan niet een

20. Vgl. ook Huijgen 2000, p. 86 die enkel de eerste drie vrijheden noemt.

21. Overigens geldt voor sommige overeenkomsten dat zij wel aan vorm gebonden zijn.

22. Anders Huijgen 2000, p. 87 en Van Hedel 2007, p. 609. Zij merken de vrijheid om een uiterste wilsbeschikking te maken ten behoeve van wie men wil als een afzonderlijk component van de testeervrijheid aan.

23. Zie art. 10:145 BW jo. art. 5 Haags Erfrechtverdrag 1989. De erflater kan opteren voor het recht van de staat van zijn nationaliteit op het tijdstip van de aanwijzing, het recht van de staat van zijn nationaliteit op het tijdstip van het overlijden, het recht van de staat van zijn gewone verblijfplaats op het tijdstip van de aanwijzing of het recht van de staat van zijn gewone verblijfplaats op het tijdstip van overlijden. Per 17 augustus 2015 zal de Europese Erfrechtverordening van toepassing zijn, waardoor erflater nog enkel de mogelijkheid heeft om voor het recht te kiezen van de staat waarvan hij ten tijde van de rechtskeuze of ten tijde van zijn overlijden de nationaliteit bezit. Zie art. 22 Europese Erfrechtverordening.

24. De rechtskeuzebevoegdheid ziet in de regel echter niet op de uiterste wilsbeschikking als zodanig, maar op de gehele nalatenschap, ofwel op *alle* uiterste wilsbeschikkingen.

uiterste wilsbeschikking te maken (vgl. subvrijheid 1). Een herroeping is immers eveneens een uiterste wilsbeschikking als bedoeld in art. 4:42 lid 1 BW.<sup>25</sup>

Het beginsel van testeervrijheid wordt naar mijn mening zodoende door de volgende subvrijheden ingekleurd:

1. De vrijheid om al dan niet een uiterste wilsbeschikking te maken *en te herroepen*.<sup>26</sup>
2. De vrijheid om de inhoud, de werking en de voorwaarden van een uiterste wilsbeschikking naar eigen inzicht te bepalen.
3. De vrijheid om een rechtskeuze in de uiterste wil te maken.

Deze vrijheden kunnen mijns inziens weer worden onderverdeeld in de volgende twee vrijheden:

1. De *testeervrijheid in formele zin*, waarmee ik doel op de vrijheid om al dan niet een uiterste wilsbeschikking resp. rechtskeuze te maken en te herroepen.
2. De *testeervrijheid in materiële zin*, waarmee ik doel op de vrijheid om de inhoud, werking (al dan niet door het maken van een rechtskeuze) en voorwaarden van een uiterste wilsbeschikking naar eigen inzicht te bepalen.

Voor het delegatievraagstuk is de testeervrijheid in materiële zin van belang. Op grond van deze vrijheid zou een erflater moeten kunnen testen op de wijze die hem goeddunkt. Net zoals bij het overeenkomstenrecht zou het dan ook mogelijk moeten zijn om bevoegdheden aan een ander te geven (vgl. de volmachtverlening). Een delegatieverbod zou de testeervrijheid stevig aan banden leggen. De testeervrijheid in materiële zin wordt erflater immers door een delegatieverbod ontnomen. Of toch niet? Ik ga hierop in de onderstaande paragraaf nader in.

#### 1.2.2.2. Intermezzo: een delegatieverbod omwille van de testeervrijheid

Een blik over de grens leert dat een delegatieverbod juist wenselijk kan zijn met het oog op de *waarborging* van de testeervrijheid:

*'Zur Absicherung seiner Testierfreiheit (curs. NB) muss der Erblasser seine erbrechtlichen Regelungen höchstpersönlich festlegen. Dies beinhaltet nicht nur das Verbot einer Stellvertretung [...], sondern gebietet auch, dass die Verfügungen von Todes wegen unmittelbar dem Willen des Erblassers entspringen und von ihm inhaltlich getragen werden, somit eine materiell höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers.'*<sup>27</sup>

In Duitsland kent men een algemeen delegatieverbod, dat is neergelegd in § 2065 BGB. In hoofdstuk 3 ga ik hierop uitgebreider in.

Zou een delegatieverbod kunnen worden opgevat als noodzakelijke voorwaarde om de testeervrijheid tot haar recht te laten komen? Een delegatieverbod *omwille van* de testeervrijheid kan mijns inziens enkel worden toegejuicht indien de delegatie een

25. Zie *Kamerstukken II* 1962/63, 3771, 6, p. 76 (MvA II), *Parl. Gesch. Vast.* p. 707.

26. Vgl. Heuff 1995, p. 97; F. Schols 2005, p. 25 en 46.

27. Hausmann/Hohloch 2010, p. 394.

onbeteugelde bevoegdheidsoverdracht omvat, waarbij de gedelegeerde *alle* vrijheid heeft om de inhoud, de werking en de voorwaarden van de uiterste wilsbeschikking te bepalen. Bijvoorbeeld: 'Mijn erfgenamen zijn de personen die mijn vertrouwenspersoon X aanwijst, onder door hem te bepalen voorwaarden en voor de door hem te bepalen erfdelen'. In dit geval geeft erflater de testeervrijheid in materiële zin namelijk geheel prijs. Enkel de vrijheid om de uiterste wilsbeschikking al dan niet te maken en te herroepen en de vrijheid om een rechtskeuze uit te brengen, blijft aan hem voorbehouden.

Mijn speurtocht is evenwel niet op een ongebreidelde delegatie gericht, maar op de bevoegdheidsoverdracht door erflater aan een ander om een *bepaalde* invulling aan erflaters uiterste wilsbeschikking te geven. Bijvoorbeeld de mogelijkheid om een ander te laten bepalen wie, uit een door erflater bepaalde groep van personen, als erfgenaam optreedt. Een dergelijke invulling van erflaters uiterste wilsbeschikking wordt in Duitsland verboden door het zogenaamde *Drittbestimmungsverbot* van § 2065 II BGB. Meerdere auteurs *billijken* dit *Verbot* met een beroep op de testeervrijheid en het autonomiebeginsel. Zo leest men in de dissertatie van Halding-Hoppenheit:

'Teile der Literatur ziehen zur Erklärung der Funktion des Drittbestimmungsverbot eine Parallele zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Stellvertretungsrechts bei Rechtsgeschäften unter Lebenden. In der Überlassung der Bestimmung des Bedachten oder des Zuwendungsgegenstandes und auch in der bloßen Verleihung einer Zustimmungsbefugnis sei eine Übertragung der Privatautonomie wie bei der Bestellung eines Stellvertreters zu sehen. So ist Grossfeld [en in navolging van hem, zo leest men in de voetnoot, John, Heldrich/Eidenmüller, Keim, Lange/Kuchinke en enigszins gerelativeerd ook Wagner toev. NB] der Ansicht, § 2065 II BGB lasse sich auf die allgemeine Wertung zurückführen, dass sich kein Individuum seiner Privatautonomie entledigen könne.'<sup>28</sup>

Grossfeld trekt een parallel met de volmachtverlening uit het algemene vermogensrecht.<sup>29</sup> Zijns inziens heeft de bevoegdheidsoverdracht aan een derde om (bijvoorbeeld) te bepalen wie erfgenamen zijn, dezelfde werking als het verlenen van een volmacht. De vraag of met een dergelijke *Drittbestimmung* de autonomie van het individu wordt prijsgegeven, kan naar zijn mening beter worden begrepen vanuit de algemene *Vollmachtsproblematik*. Grossfeld merkt op dat:

'Das geltende Recht setzt der Vollmacht dort Schranken, wo sie das Selbstbestimmungsrecht des Vollmachtgebers zu stark einengt und sie seinem nahezu völligen Verzicht auf die Privatautonomie gleichkommt. Diese Gefahr ist vor allem bei einer *unwiderruflichen* Vollmacht gegeben [...] (curs. NB).'<sup>30</sup>

Het verlenen van een volmacht mag met andere woorden niet tot ontneming van het zelfbeschikkingsrecht van de volmachtgever leiden. Het autonomiebeginsel omvat namelijk niet de bevoegdheid om ten gunste van een ander afstand te doen van iedere eigen uitoefening van rechten en het verlenen van een volmacht mag niet leiden tot

28. Halding-Hoppenheit 2003, p. 134.

29. Grossfeld 1968, p. 116-117. Zie voor de opvatting van Grossfeld ook Wagner 1997, p. 41-42; Halding-Hoppenheit 2003, p. 134-135.

30. Grossfeld 1968, p. 117.

een *Selbstentmündigung*. Volgens Grossfeld is hetgeen voor 'der Übertragung der Privatautonomie unter lebenden'<sup>31</sup> geldt, ook in het erfrecht van toepassing:

'Die Verleihung der Auswahlbefugnis ist nach dem Tode des Erblassers "unwiderruflich", zugleich ist die "Bevollmächtigung" durch den Erblasser außerordentlich weitreichend. Sie deckt die weitgehendsten Eingriffe in sein Vermögen, nämlich die Entscheidung über Weggabe und Aufteilung. Eine eigene Rechtszuständigkeit des Erblassers ist daneben nicht mehr gegeben. *Die materielle Höchstpersönlichkeit der Testamentserrichtung läßt sich so unschwer als die erbrechtliche Konkretisierung allgemeiner Privatrechtsgrundsätze deuten*, die auf dem Prinzip der Privatautonomie aufbauen. Sie stellt deren folgerichtige Fortentwicklung dar (curs. NB).'<sup>32</sup>

Het *Drittbestimmungsverbot* van § 2065 II BGB is anders gezegd een logisch uitvloeisel van de algemene privaatrechtelijke beginselen, aldus Grossfeld. In soortgelijke zin ook Kuchinke:

'Eine Einschränkung [van de testeervrijheid door middel van een delegatieverbod toev. NB] ist aber deshalb geboten, weil im Zeitpunkt des Erbfalls jedenfalls der Erbe bestimmt sein muß.<sup>33</sup> nachdem der Nachlaß weder an einen Treuhänder fällt, noch als erbenlose Vermögensmasse eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. *Der tiefere Grund dürfte aber in der im Kern unverzichtbaren Privatautonomie selbst liegen*. Die Grenzen des Verzichts liegen dort, wo die Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf einen Dritten nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Das gilt ohne Einschränkung für alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden und muß auch für Verfügungen von Todes wegen gelten (curs. NB).'<sup>34</sup>

Küchinke is van mening dat de *grenzen* van het autonomiebeginsel daar liggen waar de overdracht van bevoegdheden niet meer ongedaan kan worden gemaakt en rechtvaardigt vanuit deze gedachte § 2065 II BGB.

De redenering dat het delegeren van erfrechtelijke bevoegdheden in strijd kan zijn met het autonomiebeginsel omdat 'die Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf einen Dritten nach dem Erbfall weder vom Erblasser kontrolliert noch rückgängig gemacht werde könne',<sup>35</sup> overtuigt mij echter niet.<sup>36</sup> Met behulp van de benoeming van een *Testamentsvollstrecker*, met de *Testamentsvollstrecker* als vertegenwoordiger van erflater,<sup>37</sup> zou men immers de gewenste controle wel degelijk kunnen uitoefenen. Bovendien is de redenering enigszins misplaatst, omdat *a simile* dan ook geredeneerd kan worden dat 'die Ernennung eines Testamentsvollstreckers' in strijd is met het autonomiebeginsel, aangezien erflater ook hier geen controle kan uitoefenen en zal moeten vertrouwen op de goede bedoelingen van de *Testamentsvollstrecker*. Getuige

31. Halding-Hoppenheit 2003, p. 134.

32. Grossfeld 1968, p. 117. In Nederland bestaat de mogelijkheid om een onherroepelijke volmacht te verlenen (art. 3:74 BW). Deze moet weliswaar strekken tot het verrichten van een rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde of van een derde. Zie over de onherroepelijke volmacht Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004, nr. 68 e.v. Volmachtverlening met privatieve werking is evenwel niet mogelijk. Zie voor de privatieve last art. 7:423 lid 1 BW.

33. Met het versterferfrecht als 'vangnet' lijkt dit steeds het geval. Zie ook Kleijn 1969, p. 296.

34. Lange/Kuchinke 2001, p. 543.

35. Frey 1999, p. 85.

36. En evenmin Frey 1999, p. 85-86.

37. B. Schols 2007a, p. 54.



§§ 2197, 2198, 2199 en 2200 BGB, waarin de uitzonderingen op het *Drittbestimmungsverbot* zijn neergelegd, heeft de wetgever het autonomiebeginsel niet zó geïnterpreteerd. Tot slot dient te worden gewezen op het hierboven genoemde *Authentifizierungsproblem* van Kroppenbergh, dat duidelijk maakt dat testen een eigen karakter heeft. Een zekere bedachtzaamheid dient in acht te worden genomen bij vergelijkingen met rechtshandelingen die *werken tijdens leven*. Zo ook Halding-Hoppenheits reactie op Grossfelds vergelijking met de volmachtverlening:

'Dieser Zweck (bescherming van de volmachtgever tov. NB) aber lässt sich auf das Verbot der Drittbestimmung nicht ohne weiteres übertragen. Denn hier ist der Erblasser dann, wenn die Ermächtigung zum Tragen kommt, bereits verstorben. Zuvor kann er jederzeit die Ermächtigung des Dritten durch ein neues Testament widerrufen. Somit ist er zu Lebzeiten geschützt.'<sup>38</sup>

Alleen indien de erflater ook *post mortem* beschermingsbehoefstig is, zet Grossfelds standpunt volgens Halding-Hoppenheit zoden aan de dijk. Vooral, zo merkt zij op, omdat de derde aan wie de delegatiebevoegdheden zijn verleend (hierna te noemen: 'de gedelegeerde') door erflater niet meer ter verantwoording kan worden geroepen. Toch is hierin geen zwaarwegende grond gelegen om het *Drittbestimmungsverbot* te rechtvaardigen, omdat:

'Die Handlungen des Dritten keine Auswirkungen mehr auf die Rechtsbeziehungen des Erblassers selbst haben. Insbesondere hat er keine eigenen Vermögensinteressen mehr.'<sup>39</sup>

Oftewel, waarom nog beschermd worden na overlijden? Van het handelen van de gedelegeerde zal erflater immers zelf geen vermogensrechtelijke nadelen kunnen ondervinden. Hierbij dient steeds te worden gerealiseerd dat erflater het kennelijk zó heeft gewild. Niettemin kan er sprake zijn van misbruik door de gedelegeerde. Dit misbruikrisico bestaat evenwel ook bij handelingen tijdens leven, waarvoor in beginsel geen absolute beperkingen voor de vertegenwoordiger gelden.<sup>40</sup> Mijns inziens kan ten aanzien van dit misbruikrisico, zoals gezegd, ook een taak worden gegeven aan de *Testamentsvollstrecker*. Erflater zou de *Testamentsvollstrecker* de verplichting kunnen opleggen om de gewenste controle uit te oefenen en de gedelegeerde indien nodig ter verantwoording te roepen. Een *Drittbestimmungsverbot* is dan naar mijn mening niet op zijn plaats. Het verbod rechtvaardigen met een beroep op het niet meer door erflater zelf ter verantwoording kunnen roepen van de gedelegeerde dan wel op het bestaan van een misbruikrisico zou geleid tot hetgeen door dit verbod wordt prijsgegeven, namelijk de vrijheid om de inhoud, werking en voorwaarden van de uiterste wilsbeschikking naar eigen inzicht te bepalen, een te zware sanctie voor erflater zijn. Te meer omdat deze *bewust* voor *Drittbestimmung* heeft gekozen.

38. Halding-Hoppenheit 2003, p. 135-136. Vgl. ook Sens 1990, p. 69-70; Zimmermann 1991, p. 27; Wagner 1997, p. 41 e.v.; Frey 1999, p. 85-86.

39. Halding-Hoppenheit 2003, p. 136.

40. Zie over het misbruikrisico subparagraaf 3.4.7 'Voorkomen van misbruik, vervalsing en verkeerde beïnvloedingen'. Niettemin zou een erflater sneller lichtvaardig kunnen handelen, als hij de gevolgen van het handelen niet voelt (vgl. de strekking van art. 4:4 lid 1 BW). F. Schols 2005, hoofdstuk III.

Met Halding-Hoppenheit ben ik dan ook van mening dat het *Drittbestimmungsverbot* niet gerechtvaardigd kan worden met een beroep op 'Verhinderung der Selbstaufgabe der Testierfreiheit als Teil der Privatautonomie'.<sup>41</sup> Het *Drittbestimmungsverbot* zorgt er juist voor dat de testeervrijheid van erflater grotendeels wordt ingeperkt, mijns inziens ten onrechte.

### 1.2.3. Ongeschreven grondrecht

Sommige auteurs beschouwen de testeervrijheid als dusdanig fundamenteel, dat zij haar de status van grondrecht toedichten.<sup>42</sup> Dit is allerm minst eigenaardig.<sup>43</sup> Grondrechten zijn immers *uiting* van fundamentele waarden van een samenleving en benadrukken, vanuit klassiek perspectief, de autonomie van het individu.<sup>44</sup> De testeervrijheid als (ongeschreven) grondrecht aanmerken, geeft haar vanuit *privaatrechtelijk* oogpunt bezien, in zoverre niet meer gewicht dan zij reeds als beginsel geniet.<sup>45</sup> Dit is uiteraard anders voor de verhouding tussen de burger en de overheid, waarop de grondrechten specifiek zijn gericht. Een grondwettelijke status voor de testeervrijheid biedt de erflater bij het uitoefenen van zijn vrijheid een *vaststaande* bescherming tegen te ver gaande staatsbemoeienis. Een wettelijk verbod om de inhoud van een uiterste wilsbeschikking aan een ander te delegeren zou dan door de erflater, met een beroep op de testeervrijheid, bij de rechter zijn aan te vechten.<sup>46</sup> Ware het niet dat Nederland constitutionele toetsing door de rechter momenteel niet kent (art. 120 GW).<sup>47</sup>

41. Halding-Hoppenheit 2003, p. 136-137.

42. Onder anderen Coene 1982, p. 313; Heuff 1995, p. 95; Huijgen 2000, p. 88. Vgl. voor de contractsvrijheid Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 58.

43. Op Europees vlak wordt zij gesteund door het grondrecht van art. 1 EP (zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 58, betreffende de contractsvrijheid als grondrecht), dat in paragraaf 1.2.4 'Onderdeel van het eigendomsrecht' aan bod komt.

44. Zie ook Smits 2003, p. 8 en 21, bij de behandeling van de indirecte werking van grondrechten in private verhoudingen.

45. Zie in dit kader ook Smits 2003, p. 8-9: In Nederland kunnen grondrechten tussen burgers indirect werken via bestaande privaatrechtelijke regels, zoals onder andere art. 3:40, 6:1, 6:74, 6:162, 6:248 BW. Zo ook Koopmans 1976, p. 20-21; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 59.

46. In het bijzonder met een beroep op haar tweede subvrijheid, te weten de vrijheid om de *inhoud, werking en voorwaarden* van de uiterste wilsbeschikking naar eigen inzicht te bepalen. Is men daarentegen van mening dat een delegatieverbod een noodzakelijke voorwaarde is voor de waarborging van de testeervrijheid (vgl. Lange/Kuchinke 2001, p. 543 en Hausmann-Hohloch 2010, p. 394), dan is de gang naar de rechter niet nodig.

47. Art. 94 GW bepaalt evenwel dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Hierdoor hebben het EVRM en de daartoe behorende grondrechten (waaronder art. 1 EP) aan belang gewonnen. Nederland bevindt zich overigens met het constitutionele toetsingsverbod ten opzichte van andere West-Europese landen in een uitzonderingspositie (*Kamerstukken II* 2001/02, 28331, 3, p. 8 (MvT)). Zie in dit verband ook het initiatiefvoorstel van Halsema, dat de mogelijkheid opent om formele wetten te toetsen aan een groot aantal klassieke grondrechten (*Kamerstukken II* 2001/02, 28331, 2). Dit voorstel is tot op de dag van vandaag evenwel geen wet geworden.

Indien de testeervrijheid als grondrecht moet worden beschouwd, dient zij mijns inziens tot de categorie 'klassieke grondrechten' te worden gerekend. Met name omdat zij, zoals in de volgende subparagraaf zal worden toegelicht, een wezenlijk onderdeel van het eigendomsrecht is dat eveneens tot de klassieke grondrechten behoort (vgl. art. 14 GW). De kwalificatie van de testeervrijheid als (ongeschreven) klassiek grondrecht brengt in de regel mee dat de overheid zich niet dient te mengen in de vrijheidsfeer van de erflater.<sup>48</sup> Een algemeen wettelijk delegatieverbod zou niet in deze gedachte passen.

Een vergelijking met het Duitse recht is ook in dit kader interessant. De Duitse wetgever heeft namelijk met de woorden 'Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet' in art. 14 I GG de testeervrijheid wel van een grondwettelijke basis voorzien.<sup>49</sup> De vrijheidssfeer van de erflater wordt door Wieland benadrukt:

'Die Gewährleistung von Eigentum und Erbrecht in Art. 14 I 1 GG begründet zunächst und vorrangig ein *Abwehrrecht* (curs. NB). Die >>sichernde und abwehrende Bedeutung der Eigentumsgarantie<< soll dem Träger des Grundrechts durch Zubilligung und Sicherung von Herrschafts-, Nutzungs- und Verfügungsrechten einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich gewährleisten und ihm damit die Entfaltung und eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens ermöglichen.'<sup>50</sup>

Ondanks dat de testeervrijheid als *Abwehrrecht* in de Duitse grondwet gewaarborgd is, kent het Duitse BGB zoals gezegd toch een algemeen delegatieverbod (§ 2065 BGB). De prangende vraag rijst hoe dit verbod zich verhoudt tot art. 14 I 1 GG. Is een dergelijk verbod niet in strijd met de Duitse grondwet? Halding-Hoppenheit, die de functie(s) van het *Drittbestimmungsverbot* analyseert, geeft hierop een antwoord:

'Zwar schützt Art. 14 I S. 1 GG neben der Institutsgarantie die Testierfreiheit nur in dem Umfang, in dem sie durch das einfache Gesetz gewährt wird. Da das Bürgerliche Gesetzbuch zu keiner Zeit eine Drittbestimmung grundsätzlich zugelassen hat, beinhaltet die vom Grundgesetz geschützte

48. Vgl. de sociale grondrechten, waar juist een inspanningsplicht van de overheid wordt verlangd.

49. Art. 14 GG luidt: 'I. Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt. II. Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. III. Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.' Zie over de testeervrijheid en art. 14 GG ook Brox/Walker 2010, p. 14-15; Frank/Helms 2010, p. 6-8; Hausmann/Hohloch 2010, p. 22-23. Art. 14 I 1 GG beschermt het 'Privaterbrecht'. Enerzijds betreft het een 'Einrichtungsgarantie' (het erfrecht als instituut kan niet zomaar afgeschaft of inhoudelijk gewijzigd worden), anderzijds een 'Individualrechtsgarantie', waarmee zowel de testeervrijheid als grondrecht voor de erflater gegarandeerd wordt, als het recht van de erfgenamen om het vermogen van erflater krachtens erfopvolging te ontvangen. 'Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt' (art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG), hetgeen inhoudt dat de rechten en plichten van een eigenaar in de grote lijnen door de wetgever worden vastgelegd. De wetgever zal hierbij het individuele aspect afwegen tegen het sociale aspect van eigendom. Art. 14 II GG bepaalt namelijk dat het gebruik van de eigendom in overeenstemming moet zijn met het algemeen belang (zie ook Wieland 2004, p. 1279-1280). Duitsland kent overigens, in tegenstelling tot Nederland, constitutionele toetsing door het Bundesverfassungsgericht.

50. Wieland 2004, p. 1278.

Testierfreiheit diese Möglichkeit daher nicht. Einen Eingriff in den Schutzbereich in Form einer Inhalts- und Schrankenbestimmung stellt § 2065 II BGB folglich nicht dar. Er ist keine Verkürzung einer in der Vergangenheit bestehenden Testierfreiheit, so dass hier nicht die Frage nach einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung im Rahmen einer Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 14 I S. 1 GG im Raume steht. Aber es stellt sich die Frage, zu welchem Zweck die Testierfreiheit von vornherein in dieser Hinsicht eine Einschränkung erfahren hat.<sup>51</sup>

Omdat art. 14 I 1 GG de testeervrijheid slechts beschermt in de mate waarin zij door het BGB is verleend en het BGB *Drittbestimmung* in beginsel nooit heeft toegestaan,<sup>52</sup> is § 2065 BGB niet in strijd met art. 14 I 1 GG. Het gaat niet om de vraag in hoeverre § 2065 BGB een inbreuk maakt op de grondwettelijk gewaarborgde testeervrijheid, maar om de vraag waarom de ontwerpers van het BGB ervoor gekozen hebben de testeervrijheid in dit opzicht te beperken. Deze vraag komt aan de orde in hoofdstuk 3. Het *Drittbestimmungsverbot* wordt daar uitvoerig besproken.

#### 1.2.4. Onderdeel van het eigendomsrecht

De link die art. 14 GG met eigendom legt, toonde al de nauwe samenhang tussen het erfrecht en het eigendomsrecht.

'Zolang men een eigenaar de vrije beschikking over zijn goederen tijdens zijn leven zal laten, zolang zal men hem ook de bevoegdheid moeten toekennen, om bij uiterste wilsbeschikking over zijn goederen te beschikken. En in zoverre het recht deze bevoegdheid tot het maken van uiterste wilsbeschikkingen erkent, in zover zal het erfrecht een uitvloeisel zijn van de individuele eigendom.'<sup>53</sup>

De ontwikkeling van individuele eigendom vormt de grondslag voor het testamentaire erfrecht.<sup>54</sup> Deze warme band tussen eigendom en erfrecht, in het bijzonder de testeervrijheid, wordt op Europees niveau onderstreept door art. 1 EP<sup>55</sup> dat het eigendomsrecht betreft en de uitleg die het EHRM in het Marckx-arrest aan dit grondrecht heeft gegeven.

Art. 1 EP *garandeert* het ongestoorde genot van *bestaande eigendom*.<sup>56</sup>

51. Halding-Hoppenheit 2003, p. 109. Zie over art. 14 I 1 GG en het *Höchstpersönlichkeitsprinzip* ook Frey, p. 76 e.v.

52. Zie ook subparagraaf 3.2.4 'Ontwerpen BGB'.

53. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 7.

54. Zie Asser/Perrick 2013 (4), nr. 5. Zo ook Fischer 1951, p. 23 e.v. en Kotterman-van de Vosse 1975, p. 83. De Germanen kenden aanvankelijk geen individuele eigendom (enkel gemeenschappelijke eigendom) en dus ook niet de mogelijkheid om over hun nalatenschap te beschikken. Pas in de 12e eeuw kwam daar het testament op, onder invloed van het kanonieke recht. Anders de Romeinen die al zeer vroeg naast het versterfverfrecht de testamentaire erfopvolging kenden. Zie voor de relatie tussen erfrecht en eigendom ook Goebel 2004, p. 73-129.

55. Zie over art. 1 EP onder anderen Ploeger 2000, p. 687-695; Barkhuysen & Van Emmerik 2005; Ploeger 2005.

56. Art. 1 EP houdt dus geen recht in om eigendom te verwerven, aldus EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090, *Publ. ECHR*, Series A, vol. 31 (*Marckx v. België*), par. 50; Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 59-60.

'Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.'

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.'

In het *Marckx*-arrest overwoog het EHRM:

'Indeed, the right to dispose of one's property constitutes a traditional and fundamental aspect of the right of property.'<sup>57</sup>

Testeren is dus beschikken over eigendom. Met dit besef rijst de vraag of men net zoals voor de periode waarin men leeft, ook in alle vrijheid beslissingsbevoegdheden aan een ander mag verlenen voor de periode waarin men reeds zijn laatste adem heeft uitgeblazen.<sup>58</sup>

De tekst van art. 1 EP, zoals hierboven aangehaald, laat overigens zien dat de verdragsstaten het eigendomsrecht en daarmee dus ook de testeervrijheid kunnen beperken indien het algemeen belang of algemene rechtsbeginselen dit verlangen. De volgende paragraaf handelt over, onder andere deze, beperkingen ten aanzien van de testeervrijheid.

### 1.3. Testeervrijheid: een gebonden beginsel

#### 1.3.1. Inleidend

Net zoals de contractsvrijheid niet onverkort geldt, doordat maatschappelijke omstandigheden haar beïnvloeden en confronteren met beginselen als maatschappelijke aanvaardbaarheid en maatschappelijke rechtvaardigheid,<sup>59</sup> zo is ook de testeervrijheid,

57. EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090, *Publ. ECHR*, Series A, vol. 31 (*Marckx v. België*), par. 63. Het beschikken over vermogen (al dan niet) ter zake des doods geldt dus als een traditioneel en fundamenteel onderdeel van het eigendomsrecht zoals verwoord en beschermd door het grondrecht van art. 1 EP.

58. Vgl. Helms 2007, s. 4: 'Wie überzeugend ist es nun, wenn sich der Gesetzgeber zur Rechtfertigung des erbrechtlichen Drittbestimmungsverbots in erster Linie auf den Gedanken beruft, nur eine vom Erblasser selbstverantwortete Entscheidung rechtfertige es, von der gesetzlichen Erbfolge abzuweichen? Wer das Erbrecht als bloße Verlängerung der vermögensrechtlichen Dispositionsfreiheit über den Zeitpunkt des Todes hinaus ansieht, wird mit einer solchen Erklärung wenig anfangen können. Warum sollte die Testierfreiheit Einschränkungen unterworfen sein, die bei Verfügungen unter Lebenden nicht existieren?' (curs. NB)'.  
 59. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 43, 51, 53 en 303. Het algemeen belang (maatschappelijke aanvaardbaarheid, vgl. art. 3:40 BW), maar ook het belang van een economisch zwakkere partij (maatschappelijke rechtvaardigheid) dient in bepaalde gevallen, ten koste van de contractsvrijheid, beschermd te worden.

ingevolge de woorden van Breemhaar, 'een vrijheid in gebondenheid'.<sup>60</sup> In deze paragraaf staat de gebondenheid van de testeervrijheid centraal. In hoeverre beperken belangen van anderen de testeervrijheid van erflater? En dient naast dit algemene belang ook gekeken te worden naar de bescherming van erflaters eigen belang, ofwel: rechtvaardigt erflaters zelfbescherming een beperking van zijn testeervrijheid?<sup>61</sup>

In de onderstaande paragraaf bekijk ik welke beperkingen aan de testeervrijheid zijn gesteld en waarom. Als uitgangspunt neem ik hierbij de in paragraaf 1.2 gemaakte onderverdeling van de testeervrijheid in formele zin en de testeervrijheid in materiële zin.<sup>62</sup> Net zomin als elke andere vrijheid zijn deze 'subvrijheden' immers absoluut.

### 1.3.2. Grenzen van de testeervrijheid in formele zin

#### 1.3.2.1. Algemeen

In de hierna volgende subparagrafen behandel ik de grenzen van de testeervrijheid in formele zin. Voor de totstandkoming en ongedaanmaking van een uiterste wilsbeschikking en het uitbrengen van een rechtskeuze gelden *formele vereisten*, die kortgezegd betrekking hebben op de bekwaamheid om te testen en de vorm waarin getesteerd dient te worden.<sup>63</sup> Daarnaast kent de wet een gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen. In hoeverre wordt erflaters vrijheid om al dan niet een uiterste wilsbeschikking te maken en te herroepen hierdoor beperkt?

60. Breemhaar 2005, p. 44.

61. Over belangen in het erfrecht ook Kolkman 2006, p. 269-271, die hierop ingaat in relatie tot het onderwerp schulden der nalatenschap. De vraag naar de rangorde van de nalatenschapsschulden wordt door hem in het breder kader geplaatst van de vraag hoe het recht de belangen van verschillende partijen in het erfrecht, zoals de belangen van nalatenschapsschuldeisers, van de erflater, van de erfgenamen en van de privécrediteuren, gestalte geeft en doet harmoniëren.

62. Vgl. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 232 e.v. die de gebondenheid van het beginsel van testeervrijheid behandelt aan de hand van de drie categorieën: 1. Beperkingen ten aanzien van de aard der beschikkingen; 2. Beperkingen ten aanzien der personen, te wier voordeel beschikt kan worden; 3. Beperkingen ten aanzien van goederen, waarover beschikt kan worden. Zo ook Heuff 1995, p. 98-99 die dezelfde indeling hanteert bij de mogelijkheden tot aantasting van uiterste wilsbeschikkingen. Perrick gaat in zijn derde categorie ('beperkingen ten aanzien van goederen, waarover beschikt kan worden') uitgebreid in op art. 4:49 en 4:51 BW. Deze artikelen beperken mijns inziens de testeervrijheid niet. Uit het eigendomsrecht, waarvan de testeervrijheid onderdeel is (zie subparagraaf 1.2.4: 'Onderdeel van het eigendomsrecht'), en uit de *nemo-plus regel* (niemand kan meer recht op een ander overdragen dan hij zelf heeft) vloeit namelijk voort dat testen, beschikken over *eigen goederen* is. Art. 4:49 en 4:51 BW bevatten niettemin bepalingen voor goederen waarover erflater bij testament heeft beschikt en die *niet* tot diens nalatenschap behoren (goederen die dus bij het overnemen van de nalatenschap aan *anderen* toebehoren) dan wel tot de huwelijksgemeenschap van erflater behoren. Zij beperken erflaters vrijheid om over louter zijn *eigen* (dus niet andermans of gemeenschappelijke) *goederen* te beschikken evenwel niet. Daarom blijven art. 4:49 en 4:51 BW hierna buiten beschouwing. Vgl. voorts Breemhaar 2005, die stelt dat de gebondenheid tot uitdrukking komt in: 1. het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen, 2. het rechtsgevolg waarop een bepaalde soort beschikking gericht is (dit kan ruim dan wel eng omschreven zijn) en 3. dwingend recht.

63. De rechtskeuze wordt neergelegd in een verklaring die wat haar vorm betreft, moet voldoen aan de vereisten die gelden voor de uiterste wilsbeschikking. Vandaar dat ik hierna het maken van een rechtskeuze duid als het maken van een uiterste wilsbeschikking.

### 1.3.2.2. Testeer- en wilsbekwaamheid

Om een uiterste wilsbeschikking te maken of te herroepen, moet de erflater op het moment van testen 'testeerbekwaam' zijn (art. 4:55 BW) en in staat zijn om zijn wil in een daarmee overeenstemmende verklaring neer te leggen (art. 3:33 BW, wilsbekwaam).

De handelingsbekwaamheid voor het aangaan van rechtshandelingen in het algemeen wordt geregeld in art. 3:32 BW:

'Iedere natuurlijke persoon is bekwaam tot het verrichten van rechtshandelingen, voor zover de wet niet anders bepaalt'.<sup>64</sup>

Wie al dan niet een uiterste wilsbeschikking kan maken, bepaalt art. 4:55 BW, waarin is opgenomen dat:

- '1. Behalve zij die handelingsbekwaam zijn, kunnen ook minderjarigen die de leeftijd van zestien jaren hebben bereikt, en zij die op een andere grond dan wegens hun lichamelijke of geestelijke toestand onder curatele zijn gesteld, uiterste wilsbeschikkingen maken.
2. Hij die wegens zijn lichamelijke of geestelijke toestand onder curatele staat, kan slechts met toestemming van de kantonrechter uiterste wilsbeschikkingen maken. De kantonrechter kan aan zijn toestemming voorwaarden verbinden.
3. De bekwaamheid van de erflater wordt beoordeeld naar de staat, waarin hij zich bevond op het ogenblik dat de beschikking werd gemaakt.'

Dit artikel is soepeler dan art. 3:32 BW. Zo zijn ook minderjarigen die de leeftijd van zestien jaren hebben bereikt en degenen die op een andere grond dan wegens hun lichamelijke of geestelijke toestand onder curatele zijn gesteld, alsmede de wegens hun lichamelijke of geestelijke toestand onder curatele gestelden met toestemming van de kantonrechter testeerbekwaam.<sup>65</sup> Is men niettemin ten tijde van het testen onder curatele gesteld vanwege de lichamelijke of geestelijke toestand en mist men de kantonrechterlijke toestemming, dan kan een uiterste wilsbeschikking noch worden gemaakt, noch worden herroepen.

In de testeeronbekwaamheid en de wilsonbekwaamheid ligt een belemmerende factor voor de erflater om zijn testeervrijheid in formele zin uit te oefenen. Niettemin dient deze belemmerende factor voornamelijk het belang van de erflater. Hij wordt tegen zichzelf beschermd. Mijs inziens is deze doorkruising van erflaters (formele) testeervrijheid dan ook gerechtvaardigd.

64. Art. 1:234 jo. 1:233 BW geeft bijvoorbeeld een regeling voor de handelingsbekwaamheid van een minderjarige en art. 1:381 BW voor de onder curatele gestelde.

65. Zie voor testen door minderjarigen Gräler 2004. Als reden voor het beperken van de testeervrijheid van minderjarigen wordt hierin niet alleen onbezonnenheid, gebrek aan ervaring en gemakkelijke beïnvloedbaarheid van de minderjarige (zelfbescherming) genoemd, maar ook wordt gewezen op het *algemeen belang* in de zin van het voorkomen van de aantastbaarheid van uiterste willen ofwel op de waarborging van de rechtszekerheid én op de bescherming van de familie. Zie over de handelings(on)bekwaamheid van minderjarige ook Ter Haar 2013a.

Door het bepaalde in art. 4:42 lid 3 BW, dat van erflater verlangt dat hij persoonlijk zijn uiterste wilsbeschikking maakt en herroept,<sup>66</sup> kan testeer- en/of wilsonbekwaamheid evenwel tot onrechtvaardige gevolgen leiden.<sup>67</sup> *Vertegenwoordiging* wordt door dit artikel immers uitgesloten.<sup>68</sup> Een testeeronbekwame of wilsonbekwame erflater kan zich niet laten vertegenwoordigen door bijvoorbeeld zijn curator en is daarmee geketend aan het versterkerrecht of aan een reeds (ten tijde van testeer- en wilsbekwaamheid) gemaakte beschikking die wellicht niet meer overeenstemt met zijn wensen. Niet het vereiste van testeer- en wilsbekwaamheid, maar het *vormvereiste* dat vertegenwoordiging bij het maken en herroepen van uiterste wilsbeschikkingen uitsluit, is hier zodoende de boosdoener.

### 1.3.2.3. Vormvoorschriften

Anders dan bij de totstandkoming van een overeenkomst, waar partijen *in beginsel*<sup>69</sup> vrij zijn om hun overeenkomst al dan niet aan een vorm te binden (art. 3:37 BW), worden aan de totstandkoming van een uiterste wilsbeschikking formele vereisten gesteld.<sup>70</sup> Een uiterste wilsbeschikking maken en herroepen kan, op straffe van nietigheid, in de regel alleen bij uiterste wil en slechts door de erflater persoonlijk (art. 4:42 lid 3 BW).<sup>71</sup> De *testeervrijheid* in formele zin wordt hierdoor aanzienlijk begrensd.<sup>72</sup> Wat is hiervan de reden?

De vormvereisten van de uiterste wilsbeschikking schieten vooral de erflater te hulp,<sup>73</sup> doordat zij vervalsing van zijn laatste wil voorkomen. Door de vormgebondenheid geniet de erflater de voordelen van de notariële tussenkomst. Hij wordt geadviseerd en *belehrt*.<sup>74</sup> Door het *persoonlijke* bezoek aan de notaris wordt de erflater

66. De (hoogst)persoonlijke aard van de uiterste wilsbeschikking komt aan bod in paragraaf 2.5 en hoofdstuk 3.

67. Hierover ook F. Schols 2009a.

68. Anders dan bij andere rechtshandelingen, waar vertegenwoordiging in beginsel mogelijk is.

69. Niet alle overeenkomsten kunnen vormvrij plaatsvinden. Vgl. art. 7:177 BW waar ik op terugkom in paragraaf 2.5.2.2.

70. Zie voor de formele vereisten in andere rechtsstelsels Reid, De Waal & Zimmermann 2011. In hoofdstuk 18 vergelijken Reid, De Waal & Zimmermann de testamentaire formaliteiten ten aanzien van de eerder in hun boek besproken rechtsstelsels, te weten Frankrijk, België, Spanje, Latijns-Amerika, in het bijzonder Brazilië, Italië, Nederland, Duitsland, Oostenrijk, Hongarije, Polen, het islamitische recht, Engeland en Wales, Australië, Nieuw-Zeeland, de Verenigde Staten van Amerika, Zuid-Afrika en Schotland.

71. De voor rechtshandelingen tijdens leven gangbare vertegenwoordiging door een gevolmachtigde of wettelijke vertegenwoordiger is dus niet mogelijk voor het maken en herroepen van uiterste wilsbeschikkingen. Zie ook de subparagraaf hiervoor: 1.3.2.2 'Testeer- en wilsbekwaamheid'.

72. In Duitsland is het mogelijk om onderhands te testen (eigenhändiges Testament; § 2247 BGB). Zie F. Schols 2005, p. 210, waarin te lezen is: 'In Duitsland wordt de mogelijkheid om onderhands te *kunnen* testen gezien als een verwezenlijking van de testeervrijheid.'

73. Vgl. Kotterman-van de Vosse 1975, p. 86-87, die de vormvereisten als een versterking van erfaters testeervrijheid beschouwt.

74. Bij de uiterste wil die wordt gemaakt bij een aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte (het zogenoemde depot-testament) kan de *Belehrung* door de notaris een minder verstrekkend karakter hebben dan de *Belehrung* van de notaris bij een uiterste wil die is gemaakt bij notariële akte. Met name wanneer er sprake is van een gesloten onderhandse uiterste wil, zal de notaris enkel kunnen *belehren* met betrekking tot de door de erflater gekozen vorm voor zijn uiterste wil. In dit kader wil ik eveneens wijzen op de discussie omtrent de notarisservice van de Hema die eind



voorts behoeft voor indiscretie en onrespectabele inmengingen van derden.<sup>75</sup> Maar de vormvoorschriften dienen niet alleen het belang van erflater. Zij dienen eveneens de belangen van anderen resp. het algemeen belang, zo blijkt ook wanneer een blik over de grens wordt geworpen.<sup>76</sup> Zimmermann benadrukt bijvoorbeeld – voor wat de vormgebondenheid van § 2247 BGB (*Eigenhändiges Testament*) betreft – de functies van *Warnung, Rechtssicherheit und Beweis*. Hij noemt achtereenvolgens:

'Erleichterung des Beweises, Schutz vor Übereilung, Ins-Bewußtsein-Rufen der Bedeutung des Aktes, Gewährleistung der Ernstlichkeit der Verfügung, Klarstellung ihres Inhaltes, Erschwerung – und damit indirekte Verhinderung – unerwünschter Verfügungen, Gewährleistung von Rechtsfrieden und Verkehrssicherheit, Verhinderung von Fälschungen, deutliche Abgrenzung dessen, was nur Vorüberlegung von dem, was rechtlich relevanter Entschluß ist.'<sup>77</sup>

Kort gezegd kan dus worden gesteld dat de vormgebondenheid enerzijds bescherming biedt aan het belang van erflater (zelfbescherming), doordat de vormgebondenheid voorkomt dat erfaters wilsbeschikkingen kunnen worden vervalst en eraan bijdraagt dat erflater weloverwogen testeert. Anderzijds beschermt de vormgebondenheid andermans belangen, doordat zij zorgt voor het bewijs van erfaters laatste wil en daarmee tevens de rechtszekerheid dient.

Zoals ik hierboven kort heb aangestipt, kent de wet een gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen. Dit gesloten stelsel wordt soms in verband gebracht met een beperking van erfaters testeervrijheid.<sup>78</sup> In hoeverre is dit terecht? Hierover handelt de volgende paragraaf.

#### 1.3.2.4. Het gesloten stelsel

Het erfrecht kent een *gesloten stelsel* van uiterste wilsbeschikkingen. Om als uiterste wilsbeschikking te worden aangemerkt, moet de rechtshandeling in Boek 4 BW geregeld zijn of in de wet als zodanig worden aangemerkt, zo bepaalt het slot van art. 4:42 lid 1 BW. Het gesloten stelsel is in de wet opgenomen met als doel: de afbakening van de rechtshandelingen onder levenden en de handhaving van de

oktober 2013 door de Hema werd gelanceerd en de vraag of cliënten bij deze nieuwe werkwijze in voldoende mate worden voorgelicht over de mogelijke effecten en rechtsgevolgen van hun keuzes. Volgens de staatssecretaris is het in eerste instantie de beroepsorganisatie zelf die de professionele standaard met betrekking tot de notariële informatie- en geheimhoudingsplicht dient te bepalen. Zie: <http://www.knb.nl/stream/antwoord-teeven-op-kamervragen-hema-notarisservice>.

75. Vgl. Breemhaar 1992, p. 36-37; Waaijer, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 126-127. Waaijer noemt als voordeel onder andere het voorkomen van twijfels over de animus testandi van de erflater, doordat een (notariële) akte met zich brengt dat erfaters gedachtebepaling met plechtstatigheid wordt omkleed. Voorts wijst hij op de intellectuele bijstand die de notaris verleent, hetgeen tevens het bewustzijn van erflater omtrent zijn beschikkingen ten goede komt. Zie over de vormvoorschriften ook 2.3 'Vormgebondenheid'.

76. Zie Reid, De Waal & Zimmermann 2011. In hoofdstuk 18 noemen zij zeven 'deugden' die testamentaire formaliteiten kunnen nastreven, te weten: cautionary, protective, facilitative, cheapness, secrecy, discoverability and evidentiary.

77. Zimmermann 1991, p. 29. Zie in dit verband ook Halding-Hoppenheit 2003, p. 139.

78. Zie bijvoorbeeld *Rapport Commissie Erfrecht II*, p. 23 e.v. en Heuff 1995, p. 97. Vgl. *Kamerstukken I* 1967/68, 3771, 73, p. 15 e.v. (Voorlopig Verslag I), *Parl. Gesch. Vast.* p. 238 e.v.

rangorde van de diverse schuldeisers van de nalatenschap.<sup>79</sup> Of hiermee een rechtmatig doel wordt nagestreefd, valt te betwijfelen.<sup>80</sup>

Het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen beperkt de testeervrijheid in formele zin. Voor *typen* als de ouderlijke boedelverdeling en het *legatum per vindicationem* is thans namelijk geen plaats.<sup>81</sup> Vanuit materieel oogpunt wordt de testeervrijheid door het gesloten stelsel enigszins *belemmerd*. Zo verhindert art. 4:142 lid 1 BW, bijvoorbeeld, dat erflater aan een ander dan de executeur de bevoegdheid toekent om een of meer andere executeurs aan zich toe te voegen of in zijn plaats te stellen.<sup>82</sup> Ten aanzien hiervan kan evenwel worden betoogd dat de erflater die aan een derde de bevoegdheid wil geven om een of meer executeurs toe te voegen of in de plaats te stellen, deze derde dan tot executeur moet benoemen. Op deze manier kan de erflater zijn wens toch verwezenlijken. Het gesloten stelsel brengt mijns inziens zodoende geen absolute beperking van erfslaters testeervrijheid in materiële zin mee. Met het scala aan voorhanden zijnde beschikkingen, zoals erfstellingen, legaten en lasten aangevuld met bewind en executele, kan een erflater naar mijn mening in beginsel al zijn postmortale wensen in zijn uiterste wil kwijt.<sup>83</sup> Met name de testamentaire last is op delegatievlak interessant. Ik verwijs hiervoor alvast naar paragraaf 5.4. Bovendien zou conversie (art. 3:42 BW) in bepaalde gevallen soelaas kunnen bieden.

Kritisch over het gesloten stelsel is Nuytinck.<sup>84</sup> Nuytinck wijst erop dat de woorden 'bij uiterste wilsbeschikking' in de laatste zin van art. 4:42 lid 1 BW *sacrosanct* zijn. Van een uiterste wilsbeschikking kan enkel sprake zijn indien erflater een beschikking maakt die – niet alleen eenzijdig is en werkt na overlijden, maar ook – in Boek 4 BW is geregeld of *in de wet als zodanig wordt aangemerkt*. Dit is niet het geval bij de toestemming tot postmortale procreatie (art. 7, tweede zin, Embryowet), bij de toestemming tot dan wel bezwaar tegen orgaandonatie (art. 9 lid 4 Wet op de orgaandonatie), noch bij het regelen van de lijkbezorging (art. 19 lid 1 Wet op de lijkbezorging). Nuytinck adviseert de wetgever dan ook om deze drie bijzondere wetten zo spoedig mogelijk te wijzigen en daarin de terminologie 'bij uiterste wilsbeschikking' te bezigen. Hij merkt hierbij overigens wel op dat er *geen civielrechtelijke consequenties*, maar – op grond van art. 20a Wna – uitsluitend tuchtrechtelijke consequenties zijn, indien de notaris per ongeluk toch in een uiterste wil een verklaring opneemt die niet als uiterste wilsbeschikking in de zin van art. 4:42 lid 1 BW kan worden aangemerkt. Van nietigheid zal in dat geval dan ook geen sprake zijn.

79. Zie Breemhaar 1992, p. 14 en noot 42 voor een opsomming van de vindplaatsen in de parlementaire geschiedenis.

80. Zie voor kritiek op het gesloten stelsel *Rapport Commissie Erfrecht II*, p. 23 e.v.; Breemhaar 1992, p. 15-16; Nuytinck 2003, p. 189; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 220; Nuytinck 2006, p. 706-709; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 112.

81. Zie *Kamerstukken I* 1968/69, 3771, 133, p. 18 (MvA I), *Parl. Gesch. Vast.* p. 260. Bepaalde typen kunnen door het gesloten stelsel niet als uiterste wilsbeschikking worden aangemerkt.

82. Ik kom hierop terug in paragraaf 5.5.4.

83. Zie ook F. Schols 2005, p. 15-16 en F. Schols, *Handboek erfrecht* 2011, p. 112-113, waarin hij aansluit bij de minister die betoogt dat een erflater bij wege van legaat of last aan erfgenamen en legatarissen in beginsel alle mogelijke verplichtingen kan opleggen. Zie *Kamerstukken I* 1968/69, 3771, 133, p. 14 en 18 (MvA I), *Parl. Gesch. Vast.* p. 254 en 260.

84. Nuytinck 2003, p. 189 en Nuytinck 2006, p. 706-709.

Ten aanzien van de tuchtrechtelijke consequenties merkt hij bovendien op dat de desbetreffende bevoegde instanties het volgens hem niet in hun hoofd zullen halen om de notaris tuchtrechtelijk aan te pakken. De wetgever heeft namelijk niet de bedoeling gehad om te regelen dat de beschikkingen als bedoeld in art. 7, tweede zin, Embryo-wet, art. 9 lid 4 Wet op de orgaandonatie en art. 19 lid 1 Wet op de lijkbezorging niet langer bij uiterste wil tot stand kunnen komen.<sup>85</sup> Ook met deze kritische opmerkingen van Nuytinck voor ogen, kan mijns inziens worden betoogd dat erflater in beginsel kan testen op de wijze die hem goedgebeurt. Hij dient hierbij wel rekening te houden met de grenzen die de wet in het algemeen aan de testeervrijheid in materiële zin stelt. Een erflater kan bijvoorbeeld niet testen in strijd met de goede zeden of de openbare orde. Ik ga hierop nader in, in paragraaf 1.3.3.

#### 1.3.2.5. Tussenconclusie

De testeervrijheid in formele zin wordt begrensd met het oog op *erflaters zelfbescherming* evenals met het oog op het algemeen belang, in het bijzonder de *bescherming van het rechtsverkeer en de rechtszekerheid*.

Het vereiste van teester- en wilsbekwaamheid zorgt ervoor dat enkel de erflater die volledig bij zinnen is een uiterste wil kan maken. Een erflater die niet helder van geest is, wordt zo tegen zichzelf beschermd. Voorts zorgen de vormvereisten er (met name) voor dat erflater zijn laatste wil weloverwogen uit en deze niet door andermans bemoeienis kan worden vervalst. De vormvereisten dienen evenwel ook het rechtsverkeer en de rechtszekerheid. Doordat een uiterste wilsbeschikking in de regel bij notariële akte en door erflater persoonlijk ten overstaan van de notaris gemaakt dient te worden, wordt ervoor gezorgd dat er een duidelijk bewijs is van hetgeen erflater wil.

Ook aan het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen ligt de gedachte van bescherming van het rechtsverkeer en de rechtszekerheid ten grondslag, in het bijzonder de handhaving van de rangorde van de onderscheiden soorten schuldeisers van de nalatenschap. Het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen beperkt de testeervrijheid van erflater in formele zin, omdat bepaalde typen wilsbeschikkingen thans *formeel* niet (meer) kunnen worden gemaakt. Vanuit materieel oogpunt wordt de testeervrijheid door het gesloten stelsel mijns inziens enigszins belemmerd. Ik gaf als voorbeeld art. 4:142 lid 1 BW, dat het niet toestaat dat erflater aan een derde (niet een executeur) de bevoegdheid toekent om een executeur in de plaats te stellen. Toch zou erflater met behulp van de door de wet aangereikte uiterste wilsbeschikkingen of door conversie in beginsel ieder door hem gewenst beoogd rechtsgevolg moeten kunnen bereiken. Voor de mogelijkheden van wilsdelegatie zal hierbij met name de testamentaire last, waarop ik nader inga in paragraaf 5.4, een belangrijke rol kunnen vervullen. Erflaters testeervrijheid in materiële zin wordt door het gesloten stelsel mijns inziens dus enigszins belemmerd, maar niet *absoluut beperkt*. Niettemin zijn er wel grenzen die een absolute doorkruising van erflaters testeervrijheid in materiële zin kunnen inhouden. Ik ga hierop in de volgende paragraaf nader in.

85. Nuytinck 2006, p. 708-709.

### 1.3.3. *Grenzen van de testeervrijheid in materiële zin*

#### 1.3.3.1. *Algemeen*

Voor het delegatievraagstuk is de vraag van belang welke inbreuken er op de testeervrijheid in materiële zin bestaan en wat hiervoor de reden is. Op grond van de materiële testeervrijheid zou het immers mogelijk moeten zijn dat erflater bepaalde bevoegdheden aan een derde delegeert. De materiële testeervrijheid staat het namelijk toe dat *erflater* de inhoud, werking en voorwaarden van zijn uiterste wilsbeschikking (net zoals bij overeenkomsten) *naar eigen inzicht* kan bepalen. De wet maakt hierop toch een aantal uitzonderingen, die hierna aan bod komen. Deze uitzonderingen houden met name verband met de *belangen van anderen*. Zo hebben afstammelingen (ongeacht een eventuele onterving) recht op hun legitieme portie, kan de testeervrijheid worden doorkruist door de andere wettelijke rechten en kan de erflater niet testen in strijd met de openbare orde of goede zeden. Dat de testeervrijheid ingeperkt kan worden vanwege andermans belang, is plausibel. Uit het aan de testeervrijheid ten grondslag liggende autonomiebeginsel volgt immers logischerwijs dat de vrijheid van een individu ophoudt, daar waar de zelfontplooiing van anderen in het gedrang komt. Ieder individu heeft immers evenveel recht op zelfontplooiing:

'(...) Portalis betoogde: 'La vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun'. De rechten van de enkeling vinden hun grenzen in de belangen van de gemeenschap en omgekeerd moet de gemeenschap de rechten van de enkeling ontzien. Het is de moeilijke taak van de wetgever, hierbij het juiste evenwicht te vinden.<sup>86</sup>

Heeft de wetgever dit evenwicht in Boek 4 BW gevonden? Wanneer deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, is een beperking op erflaters testeervrijheid vanuit de filosofie dat ieder individu evenveel recht op zelfontplooiing heeft, mijns inziens, gerechtvaardigd.

In de hierna volgende paragrafen bekijk ik welke beperkingen de wetgever heeft gesteld aan het recht van de erflater om naar eigen inzicht te testen, waarom deze beperkingen er zijn en in hoeverre zij ook daadwerkelijk erflaters testeervrijheid aan banden leggen. Op deze manier tracht ik zicht te krijgen op de gronden die een inperking van erflaters testeervrijheid rechtvaardigen, zodat ik vervolgens in paragraaf 3.4. kan beoordelen of zulke gronden ook nopen tot een algemeen delegatieverbod. Inzicht in de grenzen van erflaters testeervrijheid in materiële zin is voorts van belang met het oog op de grenzen van delegatie in het erfrecht. *Indien* delegeren immers is toegestaan (en er géén algemeen delegatieverbod geldt), geschiedt delegeren immers door te testen. De grenzen van de testeervrijheid vormen zo gezien (indirect) ook grenzen voor wilsdelegatie.

86. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 57. Vgl. John Stuart Mill's schadebeginsel in *On liberty*. Zie ook Sieburgh 2004 waarin zij opmerkt dat de begrenzing van vrijheid in het vrijheidsbeginsel zelf ligt. Bij zelfontplooiing dient rekening te worden gehouden met de zelfontplooiing van anderen (de samenleving).

1.3.3.2. Goede zeden of openbare orde<sup>87</sup>

De vrijheid om naar eigen goeddunken te testen (de testeervrijheid in materiële zin) wordt onder meer beperkt door het 'in strijd met de goede zeden of openbare orde'-regime, zoals dat tot uitdrukking komt in art. 4:4 BW, 4:44 BW en 4:45 BW.<sup>88</sup> Deze artikelen verlangen van erflater dat zijn uiterste wilsbeschikking een geoorloofde inhoud dan wel geoorloofde voorwaarden heeft.<sup>89</sup> Hierna worden de artikelen kort toegelicht, waarbij ik allereerst aandacht besteed aan art. 4:44 BW. Dit artikel sluit aan bij art. 3:40 BW dat voor rechtshandelingen bepaalt wat de gevolgen zijn van strijd met de goede zeden of de openbare orde (lid 1) en strijd met de wet (leden 2 en 3).

Allereerst een opmerking over de begrippen 'goede zeden' en 'openbare orde'. Het betreft fatsoensnormen van ongeschreven recht. Wat de inhoud van 'de goede zeden' precies is, is afhankelijk van maatschappelijke oordelen over wat behoort en wisselt naar plaats en tijd.<sup>90</sup> Evenzo is 'de openbare orde' een open norm. Zij kan omschreven worden als 'het geheel van fundamentele beginselen die wezenlijke belangen van de samenleving betreffen en die vorm geven aan grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van de samenleving steunt'.<sup>91</sup> De inhoud van deze beide fatsoensnormen gaat dus mee met zijn tijd en zodoende met de veranderende maatschappelijke behoeften.<sup>92</sup>

## A) Art. 4:44 BW

Art. 4:44 lid 1 BW verklaart een uiterste wilsbeschikking waarvan de *inhoud* in strijd is met de openbare orde of de goede zeden nietig. Nietig is voorts een uiterste wilsbeschikking, wanneer voor deze een in de uiterste wil *vermelde beslissende beweegredenen* in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, aldus art. 4:44 lid 2 BW. Is de beweegreden niet in de uiterste wil vermeld, dan kan er geen sprake zijn van nietigheid op grond van art. 4:44 lid 2 BW. Art. 4:44 BW dient in verband te worden gebracht met de bescherming van het algemeen belang. Het eerste lid van dit artikel sluit aan bij art. 3:40 lid 1 BW dat ziet op alle rechtshandelingen. Art. 3:40 lid 1 BW bepaalt dat een rechtshandeling die door inhoud of *strekking* in strijd is met de goede

87. Hierover ook Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 226; Maasland 2012.

88. Vgl. art. 3:40 lid 1 BW (nietigheid van rechtshandelingen wegens strijd met goede zeden of openbare orde), waarvan art. 4:44 BW een species is.

89. Bij toepassing of erkenning van buitenlands recht kan, bij mogelijke strijd met fundamentele beginselen van de eigen rechtsorde, de openbare orde uit het IPR worden ingeroepen. Vgl. Rutten 2007. Op de openbare orde uit het IPR ga ik in dit onderzoek niet in.

90. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 330-331. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III), nr. 330-331 waar wordt opgemerkt dat beslissend is voor de inhoud van de goede zeden: 'het maatschappelijk oordeel omtrent wat behoort, d.w.z. de opvatting die op de grootst mogelijk maatschappelijke consensus steunt.' Zie voorts Van Dam, *Rechtshandeling en overeenkomst* 2010, nr. 154 en Rutten 2007, par. 6.1, in het bijzonder noot 18 en 19.

91. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 345.

92. Zie voor voorbeelden van strijd met de goede zeden de overeenkomsten genoemd in Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 337-344. Zie voorts voor voorbeelden in strijd met de openbare orde: Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 345-346, waarin bijvoorbeeld wordt gewezen op een gemeente die in overeenkomsten met particulieren financiële bijdragen of andere prestaties bedingt die geen wettelijke basis hebben.

zeden of openbare orde nietig is. Art. 3:40 lid 1 BW is daarmee ruimer verwoord dan art. 4:44 lid 1 BW dat enkel betrekking heeft op de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking. In relatie tot art. 4:44 BW vervult art. 3:40 lid 1 BW de rol van genusbepaling en delft daarmee het onderspit.<sup>93</sup> Art. 3:40 BW staat ook aan de basis van art. 4:4 lid 1 BW,<sup>94</sup> dat ik hierna kort aanstip.

#### B) Art. 4:4 BW

Art. 4:4 BW is van dwingend recht en luidt als volgt:

- (1) Een voor het openvallen van een nalatenschap verrichte rechtshandeling is nietig, voor zover zij de strekking heeft een persoon te belemmeren in zijn vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen, welke hem krachtens dit Boek met betrekking tot die nalatenschap toekomen.
- (2) Overeenkomsten strekkende tot beschikking over nog niet opengevallen nalatenschappen in hun geheel of over een evenredig deel daarvan, zijn nietig.<sup>95</sup>

In dit artikel komt naar voren dat het onderscheid tussen strijd met de wet, de goede zeden of openbare orde niet zuiver is. Tot dwingende wettelijke regels behoren immers ook regels van openbare orde en bewust handelen in strijd met de wet is in strijd met de goede zeden.<sup>95</sup> Daar waar sprake is van de belemmering van fundamentele vrijheden, zoals de testeervrijheid, komen bijgevolg ook fatsoensnormen en zodoende het 'in strijd met de goede zeden of openbare orde'-regime van art. 3:40 lid 1 en 4:44

93. Zie ook F. Schols 2005, p. 42 evenals Maasland 2012, p. 30. Dit neemt overigens niet weg dat voor de uiterste wilsbeschikking de leden 2 en 3 van art. 3:40 BW hun belang niet kunnen behouden. Daarin wordt namelijk nietig verklaard de rechtshandeling (zoals een uiterste wilsbeschikking) in strijd met een dwingende wetsbepaling, tenzij uit de strekking van de wetsbepaling anders voortvloeit (lid 2), of de wetsbepaling niet de strekking heeft om de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten (lid 3). Zie ook Asser/Perrick 2013 (4), nr. 233. Op grond van de schakelbepaling van art. 3:59 BW is art. 3:40 lid 2 en 3 BW van overeenkomstige toepassing op rechtshandelingen van niet-vermogensrechtelijke aard, tenzij de aard van de rechtshandeling of de rechtsbetrekking zich daartegen verzet. Het begrip 'wetsbepaling' moet hier overigens eng worden geïnterpreteerd. Alleen wetten in formele zin zijn hieronder begrepen. Wetgeving van lagere wetgevers dient beoordeeld te worden aan de hand van art. 3:40 lid 1 BW, tenzij de bevoegdheid tot het uitvaardigen van de dwingende bepalingen op een uitdrukkelijke delegatie aan deze lagere wetgevers berust. Zie *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 192 (MvA II). Uit *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 191 (TM) en p. 192 (MvA II) blijkt bovendien dat de leden 2 en 3 van art. 3:40 BW enkel betrekking hebben op het *verrichten* van de rechtshandeling. Is niet het verrichten, maar de inhoud of de strekking van de rechtshandeling in strijd met de wet, dan zijn voor de beoordeling van de rechtshandeling niet de leden 2 en 3 van art. 3:40 BW maatgevend, maar geschiedt zij aan de hand van lid 1 (strijd met de goede zeden of openbare orde). Een ingewikkelde constructie dus, die enkel inzichtelijk wordt door de bestudering van de parlementaire geschiedenis en de literatuur. Art. 3:40 leden 2 en 3 zijn namelijk, zo leest men in Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 319, niet aan de orde indien de geschonden wet zelf uitdrukkelijk het civielrechtelijk gevolg van haar overtreding regelt. Dit is bijvoorbeeld het geval in art. 4:4 BW. Hierover meer in paragraaf 1.3.3.2 onder 'B'.

94. F. Schols 2005, p. 40.

95. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 311, waarin eveneens kort §138 BGB (het Duitse equivalent van art. 3:40 BW) wordt aangestipt. De 'öffentliche Ordnung' is uit het ontwerp van §138 BGB geschrapt, omdat strijd met de openbare orde meestal ook strijd met de goede zeden oplevert. Dat het onderscheid tussen de wet, goede zeden en openbare orde troebel is, wordt onder meer benadrukt door het besef dat de *dwingendrechtelijke* legitieme portie (art. 4:63 e.v. BW) in feite wortelt in de moraal en het fatsoen ofwel in de goede zeden en de openbare orde. Ook de andere wettelijke rechten zijn naar mijn mening een uitvloeisel daarvan. Hierover subparagraaf 1.3.3.3 'Andere wettelijke rechten' en subparagraaf 1.3.3.4 'Legitieme portie'.

BW om de hoek kijken. De goede zeden of openbare orde en de daarin gelegen fatsoensnormen dienen zodoende niet alleen in verband te worden gebracht met bescherming van het algemeen belang, maar ook met het belang van erfflater in de zin van bescherming van zijn testeervrijheid.<sup>96</sup>

### C) Art. 4:45 BW

Zou een erfflater via voorwaarden kunnen delegeren (bijvoorbeeld: 'Jan krijgt mijn fiets gelegateerd, tenzij Marie dat niet wil'),<sup>97</sup> dan dient hij rekening te houden met art. 4:45 BW. De voorwaarde resp. de delegatiebevoegdheid mag niet in strijd komen met het bepaalde in dit artikel.

Op grond van het eerste lid van art. 4:45 BW wordt een voorwaarde of een last die onmogelijk te vervullen is, dan wel in strijd is met de goede zeden, de openbare orde of een dwingende wetbepaling, voor niet geschreven gehouden. De uiterste wilsbeschikking waaraan de voorwaarde of last is verbonden, wordt in beginsel als rechtsgeldig aangemerkt. Is de voorwaarde of de last niettemin de beslissende beweegreden tot de beschikking geweest, dan is (toch) ook de beschikking waaraan deze voorwaarde of last is toegevoegd nietig.<sup>98</sup> Het is moeilijk om aan te geven wanneer er sprake is van strijd met de goede zeden. Dit zal telkens dienen te worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Van der Burght & Ebben noemen hierbij als gebruikelijke voorbeelden van voorwaarden die in strijd zijn met de goede zeden, de voorwaarden om te trouwen of juist niet te trouwen.<sup>99</sup> Deze zijn evenwel niet steeds per definitie in strijd met de goede zeden (denk aan de opeisbaarheid van vorderingen van kinderen op de langstlevende indien de langstlevende hertrouwt).<sup>100</sup> Waar het bij verboden voorwaarden op aankomt, is dat de erfflater met zijn voorwaarden niet mag beogen om ongeoorloofde dwang uit te oefenen ten aanzien van beslissingen waarin eenieder vrij moet zijn.<sup>101</sup> Art. 4:45 lid 2 BW houdt eveneens voor niet geschreven, een voorwaarde of last die de strekking heeft de bevoegdheid tot vervreemding of bezwaring van goederen uit te sluiten.<sup>102</sup> Perrick wijst erop dat het in dit artikel erom gaat dat goederen niet verder aan het rechtsverkeer worden onttrokken dan maatschappelijk aanvaardbaar is.<sup>103</sup> Het

96. Vgl. Rb. Haarlem 3 augustus 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR4089, r.o. 5.4: '[...] de strekking van de nietigheid ex art. 4:4 BW de bescherming van de testeervrijheid van erfflater betreft en niet de behartiging van de belangen van de erven.'

97. Op wilsafhankelijke voorwaarden in het erfrecht ga ik in hoofdstuk 6 nader in.

98. Zie over art. 4:45 BW ook Asser/Perrick 2013 (4), nr. 194 e.v.

99. Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 226.

100. Vgl. Rb. Noord-Holland 29 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2026.

101. Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 226. Zie ook Maasland 2012.

102. Vgl. art. 3:83 lid 1 (jo. 3:98 BW). In de regel zijn eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar. Art. 3:83 lid 2 BW maakt hierop een uitzondering ten aanzien van vorderingsrechten en staat het toe dat de overdraagbaarheid van vorderingsrechten door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar kan worden uitgesloten. Volgens Broomhaar kan ook een erfflater bepalen dat een uit een legaat voortvloeiend vorderingsrecht niet overdraagbaar is. Zie Broomhaar 1992, nr. 93. Hierover ook Asser/Perrick 2013 (4), nr. 234. F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 125 is van mening dat het gelet op art. 4:45 lid 2 BW voor erfflater niet mogelijk is om de vorderingen van kinderen van de wettelijke verdeling onoverdraagbaar te maken. Dit ondanks het bepaalde in art. 3:83 lid 2 BW. Zie in dit kader ook *Rapport Commissie Erfrecht* 2012, p. 17.

103. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 234.

beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid en derhalve de bescherming van een zwaarder wegend algemeen belang ligt aan art. 4:45 lid 2 BW ten grondslag.<sup>104</sup>

Art. 4:44 en 4:45 BW hebben naar het oordeel van Broomhaar met name een preventieve betekenis.<sup>105</sup> Vanwege de in de regel notariële tussenkomst bij het testen, zal strijd met de goede zeden of de openbare orde niet vaak aan de orde zijn. De notaris heeft immers een *Belehrungspflicht* en zal niet mogen meewerken aan werkzaamheden die een ongeoorloofd karakter dragen (art. 21 lid 2 Wet op het notarisambt).<sup>106</sup> Volgens Maasland dienen art. 4:44 en 4:45 BW *restrictief* te worden geïnterpreteerd en dient de testeervrijheid als belangrijk uitgangspunt van het erfrecht zo veel mogelijk te worden gerespecteerd.<sup>107</sup> Ik deel zijn mening. Art. 4:44 en 4:45 BW vormen zo gezien, naar mijn mening, geen bedreigende inbreuk op erflaters testeervrijheid. Is dit anders voor wat de andere wettelijke rechten en de legitieme portie betreft? In de volgende twee subparagrafen staat deze vraag centraal.

### 1.3.3.3. Andere wettelijke rechten

De andere wettelijke rechten<sup>108</sup> van afdeling 4.3.2 BW beperken de erflater in zijn vrijheid om naar eigen inzicht de werking van zijn uiterste wilsbeschikking te bepalen, doordat zij aan bepaalde personen *dwingendrechtelijk* een aanspraak toekennen (zie ook art. 4:41 BW).

De gedachte die schuilgaat achter de andere wettelijke rechten is enerzijds en vooral een verzorgings-, anderzijds een billijkheidsgedachte.<sup>109</sup> De wetgever acht het noodzakelijk dat bepaalde personen voldoende onderhoud genieten voor het geval erflater hen met zijn beschikkingen in de steek laat.<sup>110</sup> Het gaat om de echtgenoot (art. 4:28-30

104. Zie over art. 4:45 lid 2 BW ook Maasland 2013a, p. 31 e.v. en Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4288.

105. Broomhaar 1992, nr. 90. Zie ook Maasland 2012, p. 30.

106. Maasland 2012, p. 30.

107. Maasland 2012, p. 32.

108. 'Andere', bij *andere wettelijke rechten*, moet in verband worden gebracht met het wettelijke recht van de legitieme portie, dat hierna aan de orde komt. In de Vaststellingswet van Boek 4 BW volgde de afdeling betreffende de 'andere wettelijke rechten' op de afdeling omtrent de legitieme portie. In de Invoeringswet hebben de andere wettelijke rechten evenwel een plek gekregen in een afdeling die voorafgaat aan de legitieme portie. Zie Van Mourik, *Handboek erfrecht* 2011, p. 408; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 363. In deze handboeken wordt aangesloten bij de woordkeuze van de wetgever. De andere wettelijke rechten volgen hier op het wettelijk recht van de legitieme portie. Bij de behandeling van de inbreuken op erflaters vrijheid om naar eigen inzicht de werking van zijn uiterste wilsbeschikking te bepalen, volg ik evenwel de systematiek van de wetgever. Aan bod komt daarom eerst de ratio van de andere wettelijke rechten, alvorens ik de legitieme portie en haar beteugelende werking ten aanzien van erflaters testeervrijheid toelicht. Gelet op de strekking van deze paragraaf, te weten het in kaart brengen van de grenzen van de testeervrijheid, blijft een inhoudelijke uitwerking van de artikelen van beide afdelingen achterwege. Voor een beter begrip van de andere wettelijke rechten verwijs ik naar Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 623- 681; Van Mourik, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 407- 430; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 363-400.

109. Vgl. voor de testeervrijheid en de verplichting van erflater om nabestaanden verzorgd achter te laten in de fase voorafgaand aan de invoering van Boek 4 BW: Perrick 1994 en Perrick 2001. Zie voor dit onderwerp in het Belgisch erfrecht Peulinckx-Coene 1994, p. 1925 e.v.

110. De wetgever plaatst de andere wettelijke gerechtigden op een hoger voetstuk dan de legitimarissen. Laatstgenoemden moeten de rechten van eerst genoemden dulden. Zie art. 4:65 en 4:7 lid 2 BW, waarin de schulden ter zake van legitieme portie rang innemen na de schulden die ontstaan door de toepassing van de andere wettelijke rechten. Zie ook *Kamerstukken II* 1981/82, 17141, 3, p. 34 (MvT), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1360. Zie over de rangorde van de nalatenschapsschulden Kolkman 2006, p. 267 e.v.



BW), degene die met de erflater tot zijn overlijden een duurzame gemeenschappelijke huishouding had (art. 4:28 BW) en het kind (art. 4:35 BW). De wetgever kent aan hen aanspraken toe in de vorm van de bevoegdheid tot voortzetting van de bewoning en het gebruik van de inboedel, de vestiging van (verzorgings)vruchtgebruiken en sommen ineens. Een kind, pleeg-, stief-, behuwd, of kleinkind van erflater kan voorts aanspraak maken op een billijke vergoeding voor verrichte arbeid (art. 4:36 BW). Hierin komt de billijkheidsgedachte naar voren. Een combinatie van de verzorgings- en billijkheids-gedachte vinden we terug in het recht van de echtgenoot (art. 4:38 lid 5 BW), het kind of stiefkind (art. 4:38 lid 1 BW) op overdracht van goederen die dienstbaar waren aan een door de erflater uitgeoefend beroep of bedrijf, met het oog op de voortzetting hiervan.

Verzorging en billijkheid zijn mijns inziens beide gegronde redenen om de erflater die zijn plichtsbewustzijn verloochent wettelijk te corrigeren. Geldt dit ook voor de legitieme portie? Ik ga hierop in de volgende paragraaf in.

#### 1.3.3.4. Legitieme portie

De legitieme portie is een dwingendrechtelijke geldaanspraak van de afstammelingen ten aanzien van erflaters nalatenschap.<sup>111</sup> Aan haar bestaan ligt een morele beschermings- en bekommeringsplicht ten behoeve van familie-eigendom en naaste verwanten ten grondslag.<sup>112</sup> Deze morele plicht is evenwel omstreden.<sup>113</sup> In de veranderde

111. Zie art. 4:63 lid 1 BW dat de legitieme portie als volgt omschrijft: 'De legitieme portie van een legitimaris is het gedeelte van de waarde van het vermogen van de erflater, waarop de legitimaris in weerwil van giften en uiterste wilsbeschikkingen van de erflater aanspraak kan maken.' Legitimarrissen zijn de afstammelingen die door de wet als erfgenaam tot zijn nalatenschap worden geroepen (art. 4:63 lid 2 BW). Zie voor een korte beschouwing over het systeem van de legitieme portie ook F. Schols 1999. De lezer die zich in de ingewikkelde regelingen van de legitieme portie wenst te verdiepen en deze wil doorgronden, raadplege onder meer Mellema-Kranenburg 1988; Heuff 2004; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr 264 e.v.; Kolkman 2006, p. 99 e.v.; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 498- 622a; Waaijer, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 309-405; B. Schols 2006, p. 95-171; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 296-362.

112. Zie voor de historische fundamenten van de legitieme portie Nève 1995. Als ratio van de legitieme portie wordt genoemd het *officium pietatis*, de plicht van moraal en fatsoen inhoudende het voorkomen dat vermogen voor een bovenmatig deel aan vreemdelingen wordt nagelaten ten koste van de nabestaanden. Zie voorts onder meer Van Oven 1958, p. 501; Van Mourik 1991; Mellema-Kranenburg 1999, p. 659 en Heuff 2004 nr. 2. Vgl. hiermee *Kamerstukken II* 1959/60, 3771, 5, p. 1-4 (VV I, 3-5), *Parl. Gesch. Vast.* p. 341 waar, kort gezegd, is opgemerkt dat de legitieme in de eerste plaats stuit op de gedachte dat de erflater niet ten koste van bepaalde erfgenamen anderen mag bevoordelen en voorts dat de erflater tegenover bepaalde personen een verzorgingsplicht heeft, maar ook op de gedachte dat de erflater de vrijheid moet hebben ten behoeve van bepaalde personen maatregelen te treffen voor de voorziening in hun onderhoud na zijn overlijden (vgl. art. 4:69 BW) en de gedachte dat de langstlevende echtgenoot zoveel mogelijk ongestoord moet kunnen voortleven. Zie over de legitieme ook Verbeke 2002.

113. Zie Asser/Perrick 2013 (4), nr. 299 en de daarin genoemde literatuur. Vgl. *Kamerstukken I* 1967/68, 3771, 73, p. 24-25 (VV I), *Parl. Gesch. Vast.* p. 359-360. Het belangrijkste argument voor de afschaffing van de legitieme portie is de testeervrijheid. Zie in dit kader ook de Antillen en Aruba, waar de legitieme portie is afgeschaft (De Boer 2009 en F. Schols 2009b). Anders Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 499 waarin de mening wordt uitgesproken dat onbegrensde testeervrijheid op dit terrein onaanvaardbaar zou zijn. De legitieme portie is overigens niet in strijd met art. 1 EP (zie EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090, Publ. ECHR, Series A, vol. 31 (*Marckx v. België*), par. 63-64 en de tweede paragraaf van art. 1 EP. Zo ook de minister in *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 43 (*MvA II*), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1808).

maatschappij is de bloedband en het familievermogen niet meer zo belangrijk als voorheen.<sup>114</sup> Beide zijn verdrongen door het gezin en het huwelijksvermogen, dan wel door het gebroken huwelijk, de goede vriend(en) of de in somberheid levende enkeling en zo dus in het bijzonder door het individuele vermogen. Dit kan ervoor zorgen dat de erflater *zijn* vermogen liever wenst na te laten aan de langstlevende echtgenoot, de nieuwe levensgezel, de geliefkoosde derde of het algemene 'goede doel'. Eerder dan aan het zelfstandige dan wel onzorgvuldige, ongehoorzame of onbeschaafde kind. Waarom dan toch (nog steeds) een legitieme portie anno 1 januari 2003?<sup>115</sup> Praktische en inhoudelijke redenen gaven de doorslag en hielden de legitieme in stand.<sup>116</sup> Zo werd gevreesd voor de spoedige invoering van het nieuwe Boek 4 BW<sup>117</sup> en achtte de wetgever, met het oog op het voorkomen van familiemoeilijkheden, een versnipperd gezin, waarbij het ene kind ten opzichte van het andere bij uiterste wil of gift bevoordeeld is, noch de bevoordeling van derden boven de kinderen, onwenselijk.<sup>118</sup> Niettemin is het zo gevreesde en imponerende jasje van de legitieme, door alle bijtende kritiek, thans behoorlijk afgesleten. Verwierf het kind met een beroep op de legitieme onder het oude erfrecht nog de status van erfgenaam, nu moet hij tevreden zijn met een geldaanspraak, die overigens op grond van art. 4:81, 4:82 en 4:83 BW vaak geruime tijd niet-opeisbaar is. De gewijzigde aard van de legitieme heeft haar rol als belangrijke tegenspeler van de testeervrijheid bovendien op nog meer punten afgezwakt. Ik verwijs hiervoor naar het verhelderende preadvies van B. Schols, waarin tevens wordt ingegaan op de mogelijkheid voor de erflater om bij voorbaat, tijdens leven, op verscheidene wijzen 'de legitieme legitiem te ontgaan'.<sup>119</sup> Ondanks dat het geloof in een morele bekiemingsplicht (de moraal en het fatsoen) van de erflater ten opzichte van zijn kinderen het bestaan van de legitieme portie overeind heeft gehouden, is de legitimaris in het huidige erfrecht feitelijk uitgespeeld.<sup>120</sup> Hetgeen mijns inziens ook past bij het inzicht dat, zoals ook Nève vanuit historische hoek opmerkt, moraal en fatsoen aan tijd en plaats gebonden zijn.<sup>121</sup> Het is niet onwaarschijnlijk dat men tegenwoordig in Nederland andere morele bekiemingen heeft dan jaren geleden. Door het invoeren van de andere wettelijke rechten lijkt de

114. Vgl. Van Mourik 1995, p. 57-59. Vgl. in dit kader ook Mellema-Kranenburg 2013, p. 103 onder paragraaf 2 'Maatschappelijke veranderingen en de ratio van de legitieme.'

115. Vgl. Polak 2003, p. 7-9, die het debat en onderzoek over de handhaving dan wel afschaffing van de legitieme portie destijds graag geopend zag. Zie ook Mellema-Kranenburg 1992.

116. Zo ook Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 270; Waaijer, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 309.

117. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 17141, 20, p. 3 (Nota II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1812.

118. Zie *Kamerstukken II* 1959/60, 3771, 5, p. 1-4 (VV I, 3-5), *Parl. Gesch. Vast.* p. 341 e.v.; *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 40-43 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1806-1808, waarin handhaving van de legitieme portie tevens wordt beargumenteerd door de aanname dat afschaffing kan leiden tot een toename van de gevallen waarin een testament wordt aangetast op grond van het ontbreken van verstandelijke vermogens of wegens wilsgebreken en op de aanname dat een onterfd kind minder snel op gemeenschapsgelden terugrijpt indien het vangnet van de legitieme portie voor hem bestaat. Zie voor argumenten voor en tegen de handhaving van de legitieme portie ook Van Mourik 1991 evenals Van Mourik 1995, p. 60-67.

119. B. Schols 2006, p. 104 e.v. en met betrekking tot het legitiem ontgaan van de legitieme, p. 128-149.

120. Zo ook B. Schols 2006, p. 97: 'Na drie jaar erfrecht in praktijk is de auteur echter het gevoel bekropen dat de crux (in het erfrecht, te weten de legitieme portie toe. NB), hoewel *de iure* nog maar liefst dertig artikelen in beslag nemende, er *de facto* uit is en daarmee de testeervrijheid ongekend.'

121. Nève 1995, p. 10. Dat moraal en fatsoen aan tijd en plaats gebonden zijn komt ook naar voren in de omschrijving van de begrippen 'goede zeden' en 'openbare orde'. Zie hiervoor subparagraaf 1.3.3.2 'Goede zeden of openbare orde'.

wetgever met deze gedachte stilletjes te hebben ingestemd.<sup>122</sup> In dit verband kan ook de vraag opkomen of de Nederlandse wetgever geen voorbeeld moet nemen aan de Antillen en Aruba, waar de legitieme portie is afgeschaft vanwege onvoldoende rechtvaardiging voor haar bestaan en waar de andere wettelijke rechten fungeren als 'een op maat gesneden legitieme.'<sup>123</sup>

Dat de legitimaris als tegenspeler van de testeervrijheid feitelijk is uitgespeeld, is voor erfslaters behoefte aan flexibel testen een hele opluchting:

'Des te kleiner (en zwakker) immers de legitieme porties, des te groter de testamentaire porties en derhalve des te groter de erfrechtelijke uitdagingen en creativiteit op de notariële werkvloer. En daarmee ook de fiscale beleving van het erfrecht.'<sup>124</sup>

Het delegatievraagstuk komt hierdoor in een ander daglicht te staan.<sup>125</sup> Alleen nog de (mijns inziens redelijke) verzorgings- en billijkheidsplichten evenals de openbare orde en de goede zeden, ook wel te duiden onder de noemer van de moraal en het fatsoen, storen de erfslater in zijn vrijheid om naar eigen goeddunken te testen. Voor het overige bevindt de erfslater zich met deze vrijheid in een testamentair walhalla.<sup>126</sup> Het delegeren van testeerbevoegdheden zou zo bezien mogelijk moeten zijn. Of vormen art. 4:57-62 BW van afdeling 4.4.2 BW, betreffende de vraag wie uit een uiterste wilsbeschikking voordeel kan trekken,<sup>127</sup> nog een inbreuk op erfslaters testeervrijheid in materiële zin? Met het doel om de grenzen van de testeervrijheid in kaart te brengen, besteed ik hierna, in lijn met de vorige paragrafen, kort aandacht aan deze vraag. Om te kunnen beoordelen welke gronden een inbreuk op erfslaters testeervrijheid kunnen rechtvaardigen en of er gronden zijn die tot een algemeen delegatieverbod nopen, bekijk ik hierbij tevens wat de achterliggende reden voor art. 4:57-62 BW is.

122. Vgl. HR 30 november 1945, NJ 1946/62 (*De Visser-Harms*). De fatsoensplicht ten opzichte van de echtgenote weegt zwaarder dan die jegens legitimarissen. Bij dit arrest dient overigens de kanttekening te worden geplaatst dat de huidige maatschappij niet dezelfde is als die van 1945 en de Staat vandaag de dag een goed sociaal vangnet kent. Hierop wijst ook Van der Grinten 1976, p. 35 e.v. Hij gaat zelfs nog een stap verder door op te merken dat overwegingen van algemeen belang evenals de bescherming van economisch zwakken (het beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid en het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid) in een tijd van sociale wetgeving, niet noodzakelijk om de vrijheid tot het beschikken over eigen vermogen aan te tasten.

123. F. Schols 2007a. Zie ook F. Schols 2009b.

124. B. Schols 2006, p. 98.

125. Gepakt door zijn treffende en beeldende bewoordingen haal ik wederom B. Schols 2006, p. 98 aan: 'Indien men tot de overtuiging is gekomen dat anders dan onder het *ancien régime* de lucht uit de legitieme portie ontsnapt is en de testeervrijheid ruim baan heeft gekregen of op zijn Nijmeegs: 'Alles kan en alles mag', dan zou nog veel meer dan thans het geval is, in woord en geschrift, de nadruk kunnen en moeten gelegd worden op de testamentaire leerstukken als *geoorloofde delegatie* (curs. NB), (voorwaardelijke) erfstellingen, legaten en lasten. En niet te vergeten de van huis uit ondergeschoven rechtsfiguren als executele en testamentair bewind.'

126. Zo ook *Kamerstukken I* 1968/69, 3771, 133, p. 11 (MvA I), *Parl. Gesch. Vast.* p. 247.

127. Zie in dit verband ook de bestaansis van art. 4:56 BW en de bepalingen omtrent onwaardigheid in art. 4:3 BW.

## 1.3.3.5. Testeren ten behoeve van wie men wil

Art. 4:57-62 BW van afdeling 4.4.2 BW hebben betrekking op de vraag wie uit een uiterste wilsbeschikking voordeel kan trekken. De artikelen lijken in zoverre erflaters vrijheid om naar eigen goeddunken te testen niet aan banden te leggen. Zij stellen, op het eerste gezicht, louter paal en perk aan de begunstiging van bepaalde personen. De in art. 4:57-61 en art. 4:62 lid 2 BW genoemde personen, zoals onder andere een voogd of ex-voogd, leermeester van een minderjarige of geestelijk verzorger van de erflater, kunnen uit een uiterste wilsbeschikking niet zonder meer voordeel genieten.<sup>128</sup> Indirect wordt hiermee evenwel ook erflaters vrijheid om te testen *ten behoeve van wie hij wil* enigszins beperkt en daarmee de vrijheid om *de inhoud* van de uiterste wilsbeschikking naar eigen inzicht te bepalen.<sup>129</sup> Beschikkingen ten voordele van de personen genoemd in art. 4:57-61 en art. 4:62 lid 2 BW zijn namelijk vernietigbaar.

De ratio van de artikelen is hoofdzakelijk gelegen in de bescherming van de erflater tegen ongeoorloofde beïnvloeding door personen die in een bijzondere relatie tot hem staan en in mindere mate in de bescherming van andere personen, te weten zijn erfgenamen, die door deze ongeoorloofde beïnvloeding, bij een gemis van art. 4:57 e.v. BW, nadeel ondervinden.<sup>130</sup> De testeervrijheid in materiële zin kan dus – door de sanctie vernietigbaarheid – worden gecorrigeerd, dit met name vanwege erflaters eigen belang dat bescherming behoeft. Vanwege erflaters kwetsbare positie te dezen beschikt hij, in de gevallen als omschreven in art. 4:57-61 en art. 4:62 lid 2 BW, aantastbaar. In zoverre is de erflater dus niet volledig vrij om te testen ten behoeve van wie hij wil. Dat de sanctie *slechts* vernietigbaarheid is en niet nietigheid komt de testeervrijheid in zekere zin echter ook ten goede.<sup>131</sup>

128. Zie uitgebreid hierover F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 248 e.v., evenals Asser/Perrick 2013 (4), nr. 235 e.v.

129. De tekst van art. 4:57 en 4:58 BW doet wellicht anders vermoeden. Hierin wordt uitdrukkelijk *het kunnen maken* van een uiterste wilsbeschikking ten voordele van de daarin genoemde personen bestreden en in zoverre lijken er raakvlakken met de testeervrijheid in formele zin te zijn, dat wil zeggen met de vrijheid om al dan niet een uiterste wilsbeschikking te maken en te herroepen. Toch beperken deze artikelen de testeervrijheid in formele zin niet. Verboden wordt namelijk het maken *ten voordele van* bepaalde personen en niet het maken van de uiterste wilsbeschikking *an sich* (de testeervrijheid in formele zin). Hetgeen overigens ook blijkt uit art. 4:62 lid 1 BW: 'Een uiterste wilsbeschikking die in strijd is met het in art. 57-61 bepaalde, is *vernietigbaar*. De vernietiging vindt slechts plaats voor zover deze nodig is tot opheffing van het nadeel van degene die zich op de vernietigingsgrond beroept (curs. NB).' De uiterste wilsbeschikkingen *zijn* aldus reeds *gemaakt*. Zie in dit verband ook *Rapport Commissie Erfrecht II*, p. 61-62 waarin voorgesteld wordt om 'kunnen' in art. 4:57 e.v. BW te vervangen door 'mogen'.

130. Vgl. *Kamerstukken II* 1981/82, 17141, 3, p. 42 (MvT), *Parl. Gesch. Inv.*, p. 1800. Zie ook Asser/Perrick 2013 (4), nr. 235. Perrick wijst erop dat art. 4:57 e.v. BW moeten worden gezien tegen de achtergrond van art. 4:43 lid 1 BW. Hierin is bepaald dat een uiterste wilsbeschikking die door misbruik van omstandigheden tot stand komt, *niet* vernietigbaar is. Art. 4:57 e.v. BW maakt de beschikking niettemin, *ongeacht misbruik van omstandigheden*, aantastbaar.

131. Zo ook F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 253.

### 1.3.3.6. Tussenconclusie

De vrijheid om naar eigen goeddunken te testen is zoals gezegd niet grenzeloos. Zij wordt beperkt vanwege erflaters zelfbescherming (dit is met name het geval bij art. 4:57-61 en art. 4:62 lid 2 BW, die betrekking hebben op het testen ten behoeve van wie men wil) en vanwege het belang van anderen. Indien het recht op zelfontplooiing van anderen in gevaar komt doordat erflater testeert zoals hem goeddunkt, dient erflaters recht op testeervrijheid te wijken. Ieder individu heeft immers evenveel recht op zelfontplooiing. Het is vanwege deze gedachte dat erflater niet kan testen in strijd met de goede zeden of openbare orde en de andere wettelijke rechten evenals de legitieme portie moet dulden. Met name de behandeling van de andere wettelijke rechten en de legitieme portie in de subparagrafen 1.3.3.3 en 1.3.3.4 heeft laten doorschemeren dat er een deugdelijke rechtvaardiging voor een inbreuk op erflaters testeervrijheid dient te bestaan. Bij de andere wettelijke rechten, die inhaken op een verzorgings/onderhouds- en billijkheidsgedachte, is dit mijns inziens het geval. Bij de legitieme portie ontbeert een verzorgingsgedachte evenwel,<sup>132</sup> noch wordt de legitieme, gelet op de luchtige hedendaagse familiebetrekkingen, door de billijkheid ondersteund. Waarom zou erflaters vrijheid om te testen zoals hem goeddunkt dan moeten wijken? De legitieme portie is naar mijn mening geen rechtmatige inbreuk op erflaters testeervrijheid, omdat zij vandaag de dag geen deugdelijke rechtvaardiging kent.<sup>133</sup>

Het verschil tussen de andere wettelijke rechten die gerechtvaardigd kunnen worden vanuit de verzorgings- en billijkheidsgedachte en de legitieme portie die aanhaakt bij een achterhaalde beschermingsgedachte, laat beseffen dat de vrijheid om over vermogen te beschikken bij uiterste wil te kostbaar is om zonder deugdelijke rechtvaardiging opzij te zetten. Met dit besef komt ook de meer knagende vraag op of het gerechtvaardigd is om de testeervrijheid in materiële zin in te perken indien erflater bepaalde bevoegdheden aan een derde wenst te delegeren. Ofwel: noodzaakt erflaters zelfbescherming dan wel andermans belang tot een *verbod* van wilsdelegatie? In de ondersaande paragraaf ga ik op deze vraag in.

## 1.3.4. Delegatieverbod?

### 1.3.4.1. Delegatieverbod nodig vanwege erflaters zelfbescherming?

Reeds in subparagraaf 1.2.2.2 werd de aandacht gericht op het delegatieverbod omwille van erflaters testeervrijheid en dus omwille van zijn zelfbescherming. De testeervrijheid in materiële zin stond hierbij centraal: Wordt door het delegeren van testeerbevoegdheden de vrijheid om naar eigen inzicht de inhoud, werking en voorwaarden van een uiterste wilsbeschikking te bepalen, prijsgegeven? Mijns inziens, zo betoogde ik in paragraaf 1.2.2.2, is dit enkel het geval indien de delegatie een

132. Ongeacht de behoefteigheid kan de legitimaris immers van zijn recht gebruik maken (art. 4:63 BW).

133. Zie ook de Antillen en Aruba, waar de legitieme portie vanwege onvoldoende rechtvaardiging voor haar bestaan is afgeschaft. F. Schols 2007a. Zie ook F. Schols 2009b.

*onbeteugelde* bevoegdheidsoverdracht omvat. Een delegatieverbod ter waarborging van erflaters testeervrijheid is dan gewenst. *Beteugelde* delegatie, met beoordelings- en keuzevrijheid voor een ander, doet daarentegen naar mijn mening niets af aan erflaters testeervrijheid. Sterker nog, het '*naar eigen inzicht bepalen*' spreekt zelfs voor deze mogelijkheid van testeren.

In paragraaf 1.2.2.2 haakte ik ook kort in op het misbruikrisico dat bij het delegeren van testeerbevoegdheden bestaat. Dit misbruikrisico bestaat evenwel ook bij handelingen tijdens leven, waarvoor in beginsel geen absolute beperkingen voor de vertegenwoordiger gelden. Niettemin zou een erflater sneller lichtvaardig kunnen handelen als hij de gevolgen van het handelen niet voelt (vgl. de strekking van art. 4:4 lid 1 BW).<sup>134</sup> Ten aanzien hiervan spelen mijns inziens echter de vormvoorschriften van de uiterste wilsbeschikking een belangrijke rol. Zij dienen er onder andere toe om erflater bewust te maken van zijn handelen (over de vormvoorschriften ook paragraaf 1.3.2.3 en paragraaf 2.3). Een delegatieverbod is hiertoe naar mijn mening niet het geschikte middel. Het zou erflaters testeervrijheid te veel inperken. Ik gaf voorts, in het kader van de Duitse opvatting dat 'die Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf einen Dritten nach dem Erbfall weder vom Erblasser kontrolliert noch rückgängig gemacht werden könne',<sup>135</sup> reeds aan dat het misbruikrisico kan worden *verkleind* met behulp van een *Testamentsvollstrecker* die de nodige controle op de gedelegeerde uitoefent en deze tot verantwoording kan roepen. Voor de Nederlandse erflater zou het misbruikrisico wellicht op een vergelijkbare manier kunnen worden bestreden. Bijvoorbeeld door een executeur te benoemen, waaraan de last wordt opgelegd om de nodige controle op de gedelegeerde uit te oefenen en deze ter verantwoording te roepen indien nodig. Een delegatieverbod vanwege een mogelijk misbruikrisico is mijns inziens dan ook een te zware inbreuk op erflaters testeervrijheid.

Voorts is een delegatieverbod vanwege het tegengaan van *vervalsing* van erflaters laatste wil, mijns inziens evenmin passend. Vervalsing van erflaters laatste wil ligt niet op de loer indien bevoegdheden aan een derde worden gedelegeerd. Erflater kan in zijn uiterste wil immers nauwkeurig aangeven hoe ver de delegatiebevoegdheid reikt en wat zij precies inhoudt. Zoals ik in paragraaf 1.3.2.3 uiteengezet heb, dienen de *vormvereisten* van de (in de regel) notariële akte en het persoonlijk bezoek aan de notaris (art. 4:42 lid 3 jo. afd. 4.4.4. BW) ertoe om vervalsing van erflaters uiterste wil te voorkomen. Bovendien wordt de erflater zich door de *Belehrungspflicht* van de notaris bewust van zijn beschikkingen en wordt zo eveneens gewaakt tegen verkeerde beïnvloedingen van derden.<sup>136</sup> Noch in het misbruikrisico, noch in het risico op vervalsing, noch in het risico van verkeerde beïnvloedingen door anderen *ofwel* noch in *erflaters zelfbescherming* ligt zodoende een rechtvaardiging om erflaters vrijheid in materiële zin in te perken.

134. F. Schols 2005, hoofdstuk III.

135. Frey 1999, p. 85.

136. Zie in dit kader ook paragraaf 3.4.7 'Voorkomen van misbruik, vervalsing en verkeerde beïnvloedingen' en de opmerkingen hierover van Frey 1999, p. 84-85 en p. 87-89 en Halding-Hoppenheit 2003, p. 140-141.

Een andere vraag die vanuit het oogpunt van erflaters zelfbescherming kan worden gesteld, is de vraag of het vormvereiste van art. 4:42 lid 3 – dat erflater *hoogstpersoonlijk* zijn uiterste wilsbeschikking moet *maken* en herroepen (vgl. de testeervrijheid in formele zin) – noodzakelijkerwijs met zich brengt dat erflater ook hoogstpersoonlijk, in de zin van exclusief, moet '*bepalen*'. En dat hij bijgevolg *louter zelf* de inhoud, werking en voorwaarden van zijn uiterste wilsbeschikking kan bepalen (vgl. de testeervrijheid in materiële zin). Ofwel: bevat art. 4:42 lid 3 BW naast het formele aspect van het hoogstpersoonlijke (persoonlijk *maken*) ook een materieel aspect van het hoogstpersoonlijke (persoonlijk *bepalen*)? En is dit materiële aspect te rechtvaardigen door het aan te merken als noodzakelijke aanvulling op het formele aspect zoals dat besloten ligt in art. 4:42 lid 3 BW?<sup>137</sup> Deze vraag naar de betekenis van het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking is van wezenlijk belang voor het eerste deel van dit onderzoek, waarin de vraag centraal staat of het erfrecht een algemeen delegatieverbod kent. Zij verdient daarom een uitgebreide behandeling, die niet hier, maar in de volgende twee hoofdstukken haar uitwerking vindt.

Zoals gezegd noodzaakt erflaters zelfbescherming mijns inziens niet tot een delegatieverbod. Is dit anders vanwege andermans belangen? Ofwel: wordt het delegeren van testeerbevoegdheden gehinderd door belangen van anderen, zoals de familieleden, die ten opzichte van erflaters belang zwaarder (dienen te) wegen? Op deze vraag ga ik hierna nader in.

#### 1.3.4.2. Delegatieverbod nodig vanwege andermans belang?

Is een delegatieverbod wenselijk vanwege erflaters morele verantwoordelijkheid ten opzichte van zijn bloedverwanten en kunnen de belangen van bloedverwanten een beperking van erflaters testeervrijheid rechtvaardigen? Duitse juristen hebben zich reeds over deze vraag gebogen. Mede puttend uit hun bevindingen zal ik een antwoord vormen.<sup>138</sup>

##### A) *Schutz der gesetzlichen Erben also Schutz der Familie*

De in de Duitse literatuur gehoorde opvatting dat alleen de erflater *zelf* van het versterfrecht mag afwijken, omdat de familie in het erfrecht een belangrijke positie inneemt die bescherming verdient en enkel de erflater hiertoe een verantwoordelijkheidsbesef voelt,<sup>139</sup>

137. Vgl. subparagraaf 3.4.8 waarop ik nader op deze vraag inga voor wat de Duitse rechtvaardiging van § 2065 BGB (*der materiellen Höchstpersönlichkeit*) betreft.

138. Zie over de spanningen tussen familie-erfrecht en testeervrijheid naar verschillende Europese rechtsstelsels: Henrich & Schwab 2001.

139. Mugdan 1979, p. 522: 'Es wäre eine Ueberspannung der Testirfreiheit, wollte man dem Erblasser die Befugnis geben, das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode nicht von seinem, sondern von eines Anderen Willen abhängig machen; das Erbrecht beruhe auf der Familie und dieser müsse das Vermögen möglichst erhalten bleiben, die Testirfreiheit aber sei nur zugelassen, um den individuellen Verhältnissen des Einzelfalles Rechnung tragen zu können. Ueber dieses Prinzip sei man allseitig einig. Streitig sei nur, wie weit es trage. Allerdings müsse der Erblasser das Recht und die Möglichkeit haben, auf die zwischen der Errichtung seiner Verfügung und seinem Tode oder später eintretende Gestaltung der Dinge Rücksicht zu nehmen, aber immerhin müsse er eine Verfügung

ontmoet het tegengeld van onder meer Lange/Kuchinke,<sup>140</sup> Frey,<sup>141</sup> Halding-Hoppenheit<sup>142</sup> en Wagner.<sup>143</sup> Is *de familie* vandaag de dag wel zo kwetsbaar dat zij een beroep op erfaters verantwoordelijkheidsbesef billijkt? Naar de mening van de zojuist genoemde schrijvers is de familieband in de huidige maatschappij niet meer zo sterk (vgl. ook subparagraaf 1.3.3.4 betreffende de legitieme portie). In de woorden van Halding-Hoppenheit:

'Die Familie stellt keine Wirtschaftseinheit mehr dar. Die Zahl der 'klassischen' Familien, die ein Leben lang bestehen bleiben, nimmt immer mehr ab. Viele Ehen werden geschieden. Alleinerziehende, nicht eheliche Lebensgemeinschaften und so genannte Patchworkfamilien gehören zum Alltagsbild. Diese enorm gewachsene Instabilität von Familien macht es weit gehend unmöglich, Vermögen einer einzigen Familie zuzuordnen.'<sup>144</sup>

Het erfrecht is thans geen familie-erfrecht meer en het na te laten vermogen is geen familievermogen, maar *eigen* vermogen.<sup>145</sup> Over *eigen* vermogen moet eenieder naar eigen goeddunken kunnen beschikken. Bovendien komen onder andere sociale voorzieningen, werkloosheidsverzekeringen en -uitkeringen, opgebouwde pensioenen en afgesloten levensverzekeringen reeds tegemoet aan de verzorgingsbehoeften van de langstlevende en de kinderen. Deze kinderen kunnen daarenboven door de gestegen levensverwachting, op het moment dat de ouders overlijden, veelal zelf in hun levensonderhoud voorzien. Daarbij is het niet zo dat naaste verwanten van een niet-familiegezinde erfater per definitie erfrechtelijk in de kou staan. Met de andere wettelijke rechten heeft de wetgever een legitieme manier gevonden om waar nodig bij te springen.<sup>146</sup> Een delegatieverbod is, naast deze andere wettelijke rechten, niet noodzakelijk om de bescherming van het gezin te waarborgen.<sup>147</sup>

treffen. Umstände also, die er nicht habe voraussehen können, könne er eben nicht berücksichtigen und es gehe nicht an, daß er zu ihrer Berücksichtigung sich des Willens eines Anderen bediene; denn sonst treffe nicht er, sondern jener Andere die Verfügung. In solchen Fällen sei der Erblasser sich über seinen letzten Willen nicht vollständig klar, mit seinem Urtheile noch nicht fertig gewesen; sei dies aber der Fall, dan gehe es nicht an, daß er die Anordnung einem Anderen überlasse, *vielmehr solle er eben dann den Dingen ihren natürlichen Lauf lassen*, der event. zur Intestaterbfolge führe (curs. NB). Zie over de *exclusieve* autoriteit van de erfater om van het versterferecht af te wijken Grossfeld 1968, p. 118; Stiegeler 1985, p. 57 e.v.; Sens 1990, p. 85 e.v.; Wagner 1997, p. 43 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 118 e.v. Vgl. De Wulf 1987, p. 1 en 29-32 waar Wulf als een van de grondslagen van het erfrecht noemt: de plicht van bijstand ofwel solidariteit over de dood heen. Wie het vermogen na de dood verkrijgt, dan wel voor wie de plichten van solidariteit of restitutie het sterkst doorwegen, wordt evenwel niet voor alle gevallen bepaald door bloed- en aanverwantschap.

140. Lange/Kuchinke 2001, p. 543.

141. Frey 1999, p. 79-83.

142. Halding-Hoppenheit 2003, p. 111 e.v.

143. Wagner 1997, p. 34-36.

144. Halding-Hoppenheit 2003, p. 114.

145. Zie ook subparagraaf 1.2.4 'Onderdeel van het eigendomsrecht'.

146. Zie ook subparagraaf 1.3.3.3 'Andere wettelijke rechten'.

147. Zie ook Zimmermann 1991, p. 26; Wagner 1997, p. 35; Frey 1999, p. 80-83; Halding-Hoppenheit 2003, p. 115 e.v. Frey is van mening dat het *Drittbestimmungsverbot* niet gerechtvaardigd kan worden met een beroep op de bescherming van de familie. Dit argument is namelijk niet alleen in tegenspraak met bijvoorbeeld § 2151 en § 2153 BGB, die als uitzonderingen op § 2065 BGB de *Drittbestimmung* ten aanzien van legaten wel toestaan (behoeft de familie hier dan geen bescher-



Evenmin zou een delegatieverbod het juiste *middel* zijn om familie te beschermen.<sup>148</sup> Een onverschillige erflater die de morele verantwoordelijkheidsplicht aan zijn laars lapt, kan dit, door middel van onterving (art. 4:1 lid 2 BW), ook zonder het inschakelen van een derde. Voorts leidt een delegatieverbod niet per se tot terugval op de regels van het versterferfrecht, waarin wordt aangesloten bij bloedverwantschap, maar zal slechts de nietigheid van een gedelegeerde uiterste wilsbeschikking uitspreken. Wellicht is er nog een subsidiaire uiterste wilsbeschikking gemaakt, die evenmin familieleden bevoordeelt en die werkt indien de primaire wilsbeschikking nietig is. Tevens dient te worden beseft dat de familie door delegatie niet noodzakelijk gepasseerd wordt. De erflater die delegeert en een aantal familieleden wil verblijden met het erfgenaamschap kan aan zijn vertrouwenspersoon de bevoegdheid geven om als erfgenaam aan te wijzen diegene die ten tijde van het overlijden het meest behoeftig is en die behoort tot de *familiekring*. De erflater kan evenwel ook de groep van potentiële erfgenamen afbakenen tot derden. In dat geval zal de gedelegeerde zich niet tegen de familie kunnen keren. Erflater heeft dit immers zelf al gedaan. Laat de erflater aan de gedelegeerde de ruimte om familieleden dan wel derden te begunstigen, dan kiest hij bewust voor de mogelijkheid dat de gedelegeerde zijn keuze maakt ten nadele van de familieleden. Een bewuste keuze die de familie naar mijn mening behoort te respecteren. Of zou een keuze gemaakt door een ander, bijvoorbeeld een familielid of een derde, niet op acceptatie mogen rekenen?<sup>149</sup> Helms antwoordt hierop:

'Gerade die direkte Zurücksetzung durch einen eigenen Angehörigen kann doch sehr schmerzlich sein, und liegt nicht genauso gut die Vorstellung nahe, die Entscheidung des Dritten könnte quasi als neutrale Schiedsrichterentscheidung eher besser akzeptiert werden?'<sup>150</sup>

'Eine Schutzbedürftigkeit der gesetzlichen Erben' als argument voor een delegatieverbod rechtvaardigt de doorkruising van de testeervrijheid naar mijn mening niet. Ten eerste is het na te laten vermogen geen familievermogen, maar eigen vermogen. Hierover dient men mijns inziens in beginsel te kunnen beschikken naar eigen goeddunken. Niettemin zou een dringende verzorgingsbehoefte voor de langstlevende

ming?), maar ook met de mogelijkheid om het lot te laten beslissen wie begunstigde is (waarom mag het lot wel de familie passeren, maar een vertrouwenspersoon niet?). Bovendien vervult de legitieme al een beschermingsfunctie voor erflaters naasten. Een delegatieverbod vanwege de bescherming van de familie zou de testeervrijheid dan ook te zeer inperken, aldus Frey. Anders Helms 2007, p. 4. Hij vindt dat § 2065 BGB wel degelijk een beschermingsfunctie ten aanzien van de versterferfgenamen vervult, zij het dat hij erkent dat deze functie naast de legitieme portie een geringe betekenis heeft. De vraag kan evenwel gesteld worden of de legitieme portie wel een gerechtvaardigde inbreuk van de testeervrijheid is. Zie ook subparagraaf 1.3.3.4 'Legitieme portie' en 1.3.3.6 'Tussenconclusie'.

148. Hierover Zimmerman 1991, p. 26; Wagner 1997, p. 35-36; Halding-Hoppenheit 2003, p. 115-118; Helms 2007, p. 4-5.

149. Hierover Wagner 1997, p. 43-48. Het *Drittbestimmungsverbot* voorkomt zijns inziens (juridische) conflicten bij ontevreden familieleden. Wagner schrijft aan het *Drittbestimmungsverbot* dan ook een *friedenstiftende Funktion* toe. Anders Halding-Hoppenheit 2003, p. 127-128, die weliswaar toegeeft dat het gevaar van conflicten tussen de vertrouwenspersoon en de familieleden bij delegatie op de loer ligt, doch haar twijfels stelt bij deze functie van het *Drittbestimmungsverbot*. Naar haar mening gaat het slechts om een bijeffect van het delegatieverbod, niet om zijn ratio. Zie voor argumenten vóór en tegen deze functie van § 2065 BGB ook Frey 1999, p. 83-84.

150. Helms 2007, p. 5.

en de kinderen een inbreuk op erflaters testeervrijheid kunnen rechtvaardigen. Hiervoor kennen we echter al de andere wettelijke rechten, die van een verzorgings- en billijkheidsgedachte uitgaan. Een delegatieverbod is, naast de andere wettelijke rechten, zodoende niet noodzakelijk om in verzorgingsbehoeften van erflaters naaste verwanten te voorzien. Ten tweede is een delegatieverbod niet het middel om deze behoefte te bedienen noch het middel om haar te waarborgen.

Zou een delegatieverbod dan een groter, algemener ofwel publiek belang dienen? Hierop ga ik in de onderstaande paragraaf nader in.

#### B) *Schutz des öffentlichen Interesses*

Volgens Grossfeld heeft het verbod van § 2065 BGB als functie het voorkomen van een *sociaal ongewenste* vermogensconcentratie.<sup>151</sup> Erflaters testeervrijheid maakt het mogelijk om het vermogen aan één erfgenaam na te laten en het also bijeen te houden. Indien *Drittbestimmung* is toegestaan, heeft deze vermogensconcentratie nog sterker gelding en wel omdat de erflater ver na zijn dood met behulp van de gedelegeerde de regie over zijn vermogen kan bepalen. Volgens Grossfeld ligt hier het gevaar van 'Verewigung des Erblasserwillens' en daarmee 'einer sozial unerwünschten Vermögenskonzentration'. Enkel de erflater zelf mag van de door het versterkerrecht veroorzaakte vermogensversplintering afwijken, zo is zijn gedachte. Een gedachte die hij evenwel ontleent aan de Franse revolutie, waarin de vermogensconcentratie van adellijke families erfrechtelijk is beteugeld,<sup>152</sup> en die ook de ontwerpers van het BGB heeft bereikt. Het is maar de vraag in hoeverre deze gedachte vandaag de dag nog betekenis heeft en of delegatie steeds tot een concentratie van vermogen leidt. Wellicht leidt het juist tot een vermogensversplintering. Dat het argument om een delegatieverbod toe te juichen vanwege het risico dat delegatie kan leiden tot een *sociaal ongewenste* vermogensconcentratie niet sterk is, geeft ook Grossfeld zelf toe.<sup>153</sup>

Indien een delegatieverbod wenselijk wordt geacht met het oog op publieke belangen dan is dit eerder op grond van de onzekerheid in het rechtsverkeer en dan met name de rechtsonzekerheid ten aanzien van de schuldeisers (bij wie moeten zij verhaal halen?). Deze onzekerheid wordt evenwel opgevangen met behulp van de figuur die is bedacht voor de inkleuring van voorwaardelijke erfstellingen, waarbij de voorwaarde de delegatie betreft.<sup>154</sup> Op deze 'voorwaarden-constructie' ga ik uitgebreider in bij de behandeling van de aard van de erfstelling in paragraaf 5.2. Vooruitlopend hierop betoog ik alvast dat noch de rechtszekerheid, noch het voorkomen van zwevend vermogen tot een delegatieverbod noodzaakt.

151. Grossfeld 1968, p. 118 e.v.

152. Door onder meer de legitieme portie. Hierover ook Kotterman-van de Vosse 1975, p. 85.

153. Grossfeld 1968, p. 121-122. Zie uitgebreider hierover subparagraaf 3.4.4 'Voorkomen van ongewenste vermogensconcentratie'. Zie ook Wagner 1997, p. 36 e.v.; Frey 1999, p. 86-87; Halding-Hoppenheit 2003, p. 129 e.v., die allen Grossfelds opvatting uiteenzetten.

154. Zo ook Wagner 1997, p. 91-95; Halding-Hoppenheit 2003, p. 89-94 en 133.

De tijd is rijp om nader te kijken naar de in paragraaf 1.3.4.1 opgeworpen vraag of het vereiste van art. 4:42 lid 3 BW, dat erflater (*hoogst*)*persoonlijk* zijn uiterste wilsbeschikking moet *maken* en herroepen, noodzakelijkerwijs meebrengt dat hij ook (hoogst) persoonlijk moet '*bepalen*'. Ofwel bevat het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking zoals dat tot uitdrukking komt in art. 4:42 lid 3 BW een delegatieverbod? Alvorens ik deze vraag beantwoord, zal de (algemene) aard van de uiterste wilsbeschikking (de manier waarop de testeervrijheid wordt gerealiseerd) nader worden bekeken. Wat zegt de uiterste wilsbeschikking over de (on)mogelijkheid om te delegeren? Ik verwijs hiervoor naar hoofdstuk 2.



# Uiterste wilsbeschikking, vormgebondenheid en hoogstpersoonlijk karakter

*Property is intended to serve life, and no matter how much we surround it with rights and respect, it has no personal being. It is part of the earth man walks on. It is not man.*

*(Martin Luther King, Jr.)*

## 2.1. Inleidend

De testeervrijheid wordt gerealiseerd door het maken van een uiterste wilsbeschikking. In dit hoofdstuk ga ik nader in op art. 4:42 BW, waarin onder meer de aard van de uiterste wilsbeschikking in het algemeen naar voren komt (art. 4:42 lid 1 BW). Tot welke inzichten over het delegatievraagstuk leidt deze algemene aard van de uiterste wilsbeschikking? In het bijzonder heb ik aandacht voor de, in art. 4:42 lid 3 BW neergelegde, vorm- of geldigheidsvereisten van de uiterste wilsbeschikking. Leidt wilsdelegatie tot ontduiking van de vormgebondenheid? En wat houdt het vereiste in dat van erflater verlangt dat hij *persoonlijk* zijn uiterste wilsbeschikking maakt en herroept?

## 2.2. Uiterste wilsbeschikking

### 2.2.1. Algemeen: haar bouwstenen

De uiterste wilsbeschikking wordt in art. 4:42 lid 1 BW omschreven als eenzijdige rechtshandeling waarbij erflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden en die in Boek 4 BW geregeld is of in de wet als zodanig wordt aangemerkt.<sup>1</sup> Een aantal bouwstenen is in deze omschrijving te bespeuren, te weten:

1. Zie voor de uiterste wilsbeschikking in het algemeen onder meer: Breemhaar 1992; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 219 e.v.; F. Schols 2005, p. 5-22; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 108 e.v.; F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 105 e.v.; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 131 e.v.

1. eenzijdigheid;
2. rechtshandeling;<sup>2</sup>
3. werking na overlijden;
4. in Boek 4 van het BW geregeld of elders in de wet als zodanig aangemerkt.

De 'eenzijdigheid' en de 'werking na overlijden' kunnen worden beschouwd als de belangrijkste elementen van de uiterste wilsbeschikking.<sup>3</sup> Met de eenzijdigheid wordt benadrukt dat meerzijdige rechtshandelingen, zoals overeenkomsten, geen thuis vinden in art. 4:42 BW.<sup>4</sup> De werking na overlijden geeft aan dat rechtsbetrekkingen na overlijden worden beoogd en er tijdens leven zodoende geen binding is.<sup>5</sup> In plaats van bij deze, voor de uiterste wilsbeschikking, doorslaggevende elementen uitvoerig stil te staan,<sup>6</sup> spitsen de onderstaande paragrafen zich toe op de twee andere bouwstenen van de uiterste wilsbeschikking, namelijk: de *rechtshandeling* en het door de zinsnede 'die in Boek 4 is geregeld of in de wet als zodanig is aangemerkt' tot uitdrukking gebrachte *gesloten stelsel* van uiterste wilsbeschikkingen. Past het verlenen van delegatiebevoegdheden wel in dit gesloten stelsel? En wat betekent het gegeven dat de uiterste wilsbeschikking een rechtshandeling is voor het delegatievraagstuk?

2. De elementen 'eenzijdigheid' en 'rechtshandeling' kunnen ook samengevoegd worden tot 'eenzijdige rechtshandeling'. Vgl. F. Schols in: Van Mourik, Verstappen & F. Schols 1999, p. 26; F. Schols 2005, p. 7 en B. Schols 2007a, p. 95. Zie over de uiterste wilsbeschikking als rechtshandeling o.a. Van Mourik 1996; Hijma 2000.
3. In het oude erfrecht werd door de heersende leer het accent op de herroepelijkheid van de uiterste wil gelegd. Deze opvatting is thans verlaten en de herroepelijkheid is in art. 4:42 lid 2 BW terecht omgedoopt tot rechtsgevolg. B. Schols 2007a, p. 99 merkt op dat indien men de herroepelijkheid zou laten deel uitmaken van de definitie van de uiterste wilsbeschikking (art. 4:42 lid 1 BW), men door middel van onherroepelijke beschikkingen de vormvoorschriften voor de uiterste wil eenvoudig kan ontgaan. Zie voorts Asser/Perrick 2013 (4), nr. 132 waarin is opgemerkt dat de herroepelijkheid een gevolg is van de eenzijdigheid van de uiterste wilsbeschikking.
4. De heersende leer is van mening dat een uiterste wilsbeschikking een *ongerichte* rechtshandeling is. Zie Breemhaar 1992, nr. 9; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 219; F. Schols 2005, p. 9; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 110 en 116; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-II), nr. 99; F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 107-108. De eenzijdig gerichte rechtshandelingen aanbod en aanvaarding, die in beginsel voldoen aan de omschrijving van art. 4:42 lid 1 BW, zouden dan niet als uiterste wilsbeschikking kunnen worden aangemerkt. B. Schols 2007a, p. 97 e.v. merkt evenwel op dat ook een in de basis gerichte rechtshandeling, zoals het aanbod, een uiterste wilsbeschikking kan zijn. Bevat de gerichte rechtshandeling de elementen van de definitie als bedoeld in lid 1 van art. 4:42 BW dan kan zij als uiterste wilsbeschikking worden aangemerkt. De notaris dient formeel en materieel voor de juiste vorm zorg te dragen en transformeert haar tot ongerichte rechtshandeling. Het gaat erom dat van de beschikking reeds werking kan uitgaan, zonder dat hiervoor nodig is dat deze de belanghebbende heeft bereikt. De crux van de definitie van de uiterste wilsbeschikking is zijns inziens het nog niet mogen (en kunnen) aanvaarden en het daarmee nog niet laten werken van de rechtshandeling.
5. *Kamerstukken II* 1962/63, 3771, 6, p. 21 (MvA II), *Parl. Gesch. Vast.* p. 217. Zie voor dit element ook Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 109; F. Schols 2005, p. 10-11 en F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 106-107.
6. Zie hiervoor F. Schols 2005, p. 7-11.

### 2.2.2. *Rechtshandeling*

#### 2.2.2.1. Algemeen

Anders dan art. 4:922 oud BW<sup>7</sup> kiest de wetgever er in art. 4:42 lid 1 BW voor om de uiterste wilsbeschikking als een eenzijdige *rechtshandeling* aan te merken. Dit brengt mee dat in beginsel de artikelen van het algemene vermogensrecht op de uiterste wilsbeschikking van toepassing zijn.<sup>8</sup>

Art. 3:33 BW leert dat een rechtshandeling zich van andere handelingen onderscheidt door haar op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring openbaart. Enkel een handeling met een op een rechtsgevolg gerichte wilsuiting is een rechtshandeling. Voor de rechtshandeling gelden dus de volgende bestaansvereisten:

- een beoogd rechtsgevolg (op een rechtsgevolg gerichte wil);<sup>9</sup>
- een wilsuiting (door een verklaring geopenbaard).

Wat houdt dit in?

#### 2.2.2.2. Beoogd rechtsgevolg

Rechtshandelingen zijn naar hun aard gericht op een of meer rechtsgevolgen. Dit in tegenstelling tot andere handelingen, zoals feitelijke handelingen en rechtsfeiten, waarbij het (rechts)gevolg intreedt zonder dat het werd beoogd. Het gericht zijn op een of meer rechtsgevolgen is met andere woorden een wezenskenmerk voor de rechtshandeling. Het woord 'gericht' behoort hierbij, volgens Eggens,<sup>10</sup> in juridische zin te worden uitgelegd. Ik deel zijn visie, die kortweg erop neerkomt dat het gericht zijn van de wil niet slechts bepaald moet worden naar de subjectieve wil van degene die handelt (bijvoorbeeld de erflater) *maar mede* – en uiteindelijk beslissend – naar de objectieve wil van het recht. Hetgeen de handelende persoon (subjectief) wil, krijgt door het recht (objectief) een bepaalde juridische uitwerking. De verkoper van een woning beoogt bijvoorbeeld met het sluiten van een koopovereenkomst bepaalde, onder meer economische, gevolgen teweeg te brengen, waaraan het objectieve recht het rechtsgevolg verbindt dat tussen de verkoper en koper verbintenissen ontstaan om de woning te leveren en daarvoor een prestatie te ontvangen. Het recht transformeert de subjectieve wil van degene die handelt (en met zijn handelen beoogt om het recht tot zijn recht te laten komen) in een objectieve wil. De op een rechtsgevolg gerichte wil van de handelende persoon wordt met andere woorden geobjectiveerd door het

7. Art. 4:922 oud BW luidde: 'een testament of uiterste wil is eene akte, houdende de *verklaring* van hetgeen iemand wil dat na zijn dood zal geschieden, en welke akte door hem kan worden herroepen (curs. NB).' Zie voor de verhouding tussen de begrippen 'rechtshandeling' en 'verklaring': *Kamerstukken I 1967/68*, 3771, 73, p. 19 (VV I, 1), *Parl. Gesch. Vast.*, p. 241 en *Kamerstukken I 1968/69*, 3771, 133, p. 15-16 (MvA I), *Parl. Gesch. Vast.* 256-257.

8. Hijma 2000; Broomhaar 1992, nr. 23.

9. Onder rechtsgevolg is te verstaan: het ontstaan, gewijzigd raken of tenietgaan van een bepaalde juridische relatie. Zie Hijma, *Rechtshandeling en overeenkomst* 2010, nr. 3.

10. Eggens 1951, p. 82.

recht en uiteindelijk wordt zo bepaald óf er een rechtsgevolg is (en de handeling dus een rechtshandeling is) én welk rechtsgevolg de handeling heeft.<sup>11</sup> Mede het objectieve recht verbindt aan de handeling het *uiteindelijke* rechtsgevolg. Voor de uiterste wilsbeschikking betekent dit dat het rechtsgevolg ten tijde van het testeren (de handeling) nog niet geheel vaststaat. Eerst na erfslaters overlijden, als de wilsbeschikking werking heeft, zal het objectieve recht het uiteindelijke rechtsgevolg aan de handeling kunnen verbinden.

Om te kunnen vaststellen óf er rechtsgevolgen zijn én welke dit zijn, is het uiteraard noodzakelijk dat de handelende persoon zijn op een of meer rechtsgevolgen gerichte wil in een verklaring uit.

#### 2.2.2.3. Wilsuiting

Voor het bestaan van een rechtshandeling is naast een op een rechtsgevolg gerichte wil een verklaring vereist, teneinde het rechtsgevolg te kunnen vaststellen. Voor de uiterste wilsbeschikking schrijft art. 4:42 lid 3 jo. 4:94 BW in beginsel de notariële akte of een aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte voor, als vorm waarin de wil kenbaar dient te worden gemaakt. De wil van de erfslater zal derhalve op formele wijze moeten worden vastgelegd. Op dit voor de uiterste wilsbeschikking geldende vormvoorschrift en zijn verhouding tot het delegatievraagstuk kom ik in paragraaf 2.3 terug. Hieronder aandacht voor een vereiste dat in beide bestaansvereisten van art. 3:33 BW (te weten een beoogd rechtsgevolg en een wilsuiting) verscholen lijkt te liggen en zodoende eveneens van wezenlijk belang is voor het bestaan van een rechtshandeling: het bepaaldheidsvereiste.

#### 2.2.2.4. Bepaaldheidsvereiste

Het gegeven dat aan iedere rechtshandeling per definitie een rechtsgevolg verbonden is en dat dit rechtsgevolg enkel kan worden vastgesteld doordat degene die handelt zijn wil in een verklaring kenbaar dient te maken, impliceert eveneens dat deze wilsuiting door de handelende persoon in voldoende mate moet zijn bepaald. Immers, wat is het beoogde rechtsgevolg bij gebreke aan bepaaldheid van de rechtshandeling? Het vereiste van een bepaald onderwerp is zodoende, mijns inziens, eveneens van essentieel belang voor de rechtshandeling. Zo kan ook worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis:

'Het vereiste van een bepaald onderwerp geldt voor *alle* rechtshandelingen, doch behoeft niet uitdrukkelijk in de wet te worden vermeld (curs. NB).'<sup>12</sup>

In art. 6:227 BW wordt het bepaaldheidsvereiste overigens wel uitdrukkelijk in de wet vermeld en wel voor de verbintenisscheppende overeenkomst: 'de verbintenissen

11. Eggens 1951, p. 82.

12. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895. Zie ook *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123.



die partijen op zich nemen, moeten *bepaalbaar* zijn'.<sup>13</sup> Dit is bijvoorbeeld niet het geval bij een mondelinge toezegging om voor een bepaald persoon *een woning in Marbella* te kopen (Rechtbank Zwolle-Lelystad, 8 augustus 2007).<sup>14</sup> Op het bepaaldheidsvereiste voor verbintenissen ga ik nader in, in paragraaf 4.3.

#### 2.2.2.5. Link met wilsdelegatie

Wat brengen deze inzichten over de *rechtshandeling* mee voor het delegatievraagstuk? Allereerst dient te worden gerealiseerd dat de antwoorden op het delegatievraagstuk niet zonder meer gezocht hoeven te worden in Boek 4 BW. Dat bleek reeds uit het feit dat het erfrecht onderdeel uitmaakt van het algemene vermogensrecht<sup>15</sup> en wordt benadrukt door het gegeven dat de uiterste wilsbeschikking een *rechtshandeling* is. Bovendien leiden de bovenstaande inzichten tot het besef dat de rechtsgevolgen ten tijde van het testen nog niet geheel vaststaan. Om te kunnen spreken van een rechtshandeling wordt van erfflater enkel verlangd dat hij zijn (subjectieve) wil *richt op* het in het leven roepen van een of meer rechtsgevolgen én deze wil in voldoende mate kenbaar maakt. Op grond van art. 4:42 lid 3 jo. 4:94 BW dient dit op een formele wijze te geschieden. In deze bestaansvereisten van de rechtshandeling, te weten een op een rechtsgevolg gerichte wilsuiting, ligt nog een ander belangrijk vereiste besloten: teneinde de (uiteindelijke) rechtsgevolgen te kunnen vaststellen, is het noodzakelijk dat de wilsbeschikkingen van erfflater een *bepaald onderwerp* hebben. Bij gebreke aan bepaaldheid is geen sprake van een rechtshandeling en zodoende evenmin van een uiterste wilsbeschikking. Het bepaaldheidsvereiste is dan ook, naast de eenzijdigheid en de werking na overlijden, een voor de uiterste wilsbeschikking wezenlijk criterium dat in de erfrechtelijke literatuur thans evenwel nagenoeg geen aandacht geniet. Uitzondering hierop is Breemhaar, die in zijn dissertatie over de uiterste wilsbeschikking het bepaaldheidsvereiste noemt en bovendien (voor mij als eyeopener) met het delegatievraagstuk in verband brengt.<sup>16</sup> Ik verwijs hiervoor naar paragraaf 3.5.3, waarin ik ook Breemhaars visie met betrekking tot wilsdelegatie schets.

In het achterhoofd dient reeds te worden gehouden dat wilsdelegatie *bij uiterste wilsbeschikking* in de eerste plaats slechts mogelijk is, indien de wilsbeschikking door het verlenen van de delegatiebevoegdheid het karakter van uiterste wilsbeschikking behoudt, te weten een eenzijdige rechtshandeling met werking na overlijden. Dat een beschikking waarin delegatiebevoegdheden worden verleend eenzijdig tot stand komt en daarmee rechtsbetrekkingen na overlijden worden beoogd, zal naar mijn mening geen twistpunt zijn. De cruciale vraag is evenwel: is nog sprake van een rechtshandeling en zodoende van een uiterste wilsbeschikking indien een ander *mede* de inhoud van de uiterste wilsbeschikking *bepaalt*? Wordt hiermee niet tekortgedaan aan het bepaaldheidsvereiste dat als een minimumvereiste voor iedere rechtshandeling geldt?

13. Zie Kolkman 2006, p. 8 die kort ingaat op de rechtsfiguur *verbintenis* en opmerkt dat de term verbintenis zowel betrekking kan hebben op de gehele rechtsbetrekking tussen twee of meer personen als op de (bijzondere) rechtsplicht van een van hen.

14. Rb. Zwolle-Lelystad 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BC9476, NJF 2008/255.

15. Zie ook 'Inleiding en verantwoording'.

16. Breemhaar 1992, nr. 72.

Het is deze cruciale vraag die centraal staat in het tweede deel van dit onderzoek, dat aan het bepaaldheidsvereiste is gewijd. In de tweede plaats is wilsdelegatie bij uiterste wilsbeschikking slechts mogelijk voorzover zij passend is binnen het gesloten stelsel. In de volgende paragraaf bekijk ik of het gesloten stelsel wilsdelegatie in de kiem smoort.

### 2.2.3. *Passend binnen het gesloten stelsel*

Art. 4:42 lid 1 BW behelst naast de materiële criteria 'eenzijdigheid' en 'werking na overlijden' nog een formeel criterium. Alleen de rechtshandelingen die in Boek 4 BW geregeld zijn of in de wet als zodanig worden aangemerkt, vallen onder de definitie van de uiterste wilsbeschikking.<sup>17</sup> Een beschikking die niet past binnen dit *gesloten stelsel* kan niet als uiterste wilsbeschikking worden aangemerkt. Of dit gegeven impliceert dat een dergelijke beschikking nietig is, laat de wet in het midden.<sup>18</sup> In de literatuur wordt erop gewezen dat, indien tot nietigheid wordt geconcludeerd, conversie krachtens art. 3:42 BW in bepaalde gevallen mogelijk is.<sup>19</sup>

Perrick geeft een aantal voorbeelden van eenzijdige rechtshandelingen die niet in Boek 4 BW zijn geregeld en niet in de wet als uiterste wilsbeschikking worden aangemerkt. Hij noemt onder andere:

'het tot stand brengen van de verdeling, het *verlenen* aan een erfgenaam van de *bevoegdheid te bepalen* wat in zijn erfdeel valt of welke goederen hem, eventueel ook boven zijn erfdeel onder verplichting tot uitkering van een som tot gelijkmaking, zullen worden toegedeeld onderscheidenlijk het verlenen aan een legataris van het vruchtgebruik van een evenredig deel der nalatenschap van de bevoegdheid te bepalen wat in het vruchtgebruik valt (curs. NB).'<sup>20</sup>

Gelet op dit citaat (en daargelaten of in deze voorbeeldenreeks niet het in Boek 4 BW geregelde bewind of de testamentaire last kan worden ontwaard) dient de

17. Met dit formele criterium wordt een afbakening van de rechtshandelingen onder levenden en handhaving van de rangorde van de diverse schuldeisers van de nalatenschap beoogd. Zie Breemhaar 1992, nr. 15, noot 42 voor een opsomming van de vindplaatsen in de parlementaire geschiedenis. Zie voor kritiek op het gesloten stelsel onder anderen *Rapport Commissie Erfrecht II*, p. 23 e.v.; Breemhaar 1992, p. 15-16; Breemhaar 1999, p. 449 en 450; Nuytinck 2003, p. 189; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 220; Nuytinck 2006, p. 706-709; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 112. Zie over het gesloten stelsel ook F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 114-115; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 134 e.v.
18. Vgl. F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 115. Hij vraagt zich af of een niet binnen het gesloten stelsel passende eenzijdige rechtshandeling met werking na overlijden nietig is of dat deze rechtshandeling buiten de vormvoorschriften voor de uiterste wilsbeschikking valt. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 137-138 merkt op dat een dergelijke beschikking in de wet niet als nietig wordt aangemerkt. Zijns inziens valt zo'n beschikking buiten de vormvoorschriften die gelden voor uiterste wilsbeschikkingen. De praktijk dient niettemin rekening ermee te houden dat de rechter bepaalde van deze beschikkingen nietig zal oordelen, aldus Perrick.
19. Zie Breemhaar 1992, nr. 14; F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 115-116; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 138. Volgens B. Schols 2007a, p. 100 is conversie dan zelfs *verplicht*. Deze conversieplicht kan zijns inziens worden getypeerd als de *aanzuigende werking* van het gesloten stelsel. Zie voor een voorbeeld van een nietige beschikking en conversie de uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7063.
20. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 136.

bevoegdheidsverlening door erflater aan een ander om een invulling te geven aan erfaters beschikkingen (wilsdelegatie) evenmin tot de in Boek 4 BW geregelde of door de wet als uiterste wilsbeschikking aangemerkte rechtshandelingen te worden gerekend. Dit betekent mijns inziens echter niet dat wilsdelegatie bij uiterste wil onmogelijk is. Wilsdelegatie zal immers in de regel onderdeel uitmaken van een binnen het stelsel passende beschikking die nog niet volledig is bepaald of bijvoorbeeld als last<sup>21</sup> of als voorwaarde zijn verwoord. Bekijken we bijvoorbeeld de door de Hoge Raad geoorloofd geachte voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling,<sup>22</sup> dan zien we dat de wilsdelegatie omschreven is als een ontbindende voorwaarde:<sup>23</sup>

'tenzij mijn echtgenote en mijn afstammelingen in onderling overleg binnen zes maanden na mijn overlijden bij notariële akte te kennen hebben gegeven een andere verdeling te wensen (curs. NB).'<sup>24</sup>

Ook bij de veelvoorkomende flexibele renteclausule delegeert de erflater door middel van een ontbindende voorwaarde:

'tenzij mijn echtgenoot een andere rente bepaalt.'

De in het vorige hoofdstuk (hoofdstuk 1) behandelde testevrijheid toonde reeds dat de erflater vrij is om de inhoud, de werking en de voorwaarden van een uiterste wilsbeschikking naar eigen inzicht te bepalen.<sup>25</sup>

Overigens zullen niet alle bevoegdheidsverleningen die betrekking hebben op de werking van de uiterste wilsbeschikking doorgaans zo duidelijk als *voorwaarden* zijn gekoppeld aan binnen het stelsel passende wilsbeschikkingen. Zo werd in het '*Boerenplaatsje-arrest*', dat als baanbrekend delegatie-arrest kan worden beschouwd,<sup>26</sup> de wilsdelegatie als volgt geformuleerd:

'(...) Ik benoem tot mijn enige en algehele erfgenaam mijn echtgenoot, onder bepaling nochtans dat al wat hij bij overlijden onvervreemd en onverteerd van mijn na te laten goederen zal overlaten zal moeten komen en worden uitgekeerd aan de kinderen van mijn broeder, tezamen en voor gelijke

21. HR 30 september 1925, *PW* 12040 en HR 2 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AX6609, *BNB* 1966/106 laten zien dat ook met de van het gesloten stelsel deel uitmakende *last*, die overigens feitelijk dienst doet als voorwaarde (vgl. art. 4:131 BW), kan worden gedelegeerd. Zo stond de HR de aan een legataris opgelegde last om het ontvangen bedrag naar eigen inzicht verder te verdelen toe.

22. HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, *BNB* 1996/112. Zie ook HR 5 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5838, *BNB* 1998/8.

23. Aldus, zo oordeelde het Hof Amsterdam 17 maart 1994 (nr. 93/0701), *BNB* 1996/112 in rov. 5.2. In de conclusie van A-G Moltmaker is evenwel te lezen dat door meerdere schrijvers wordt aangenomen dat in casu sprake was van een potestatieve voorwaarde: een voorwaarde die louter afhankelijk is van de wil van degene die verbonden is. Een potestatieve voorwaarde is eigenlijk geen echte voorwaarde. Indien te kennen wordt gegeven dat iemand zich verbindt *als hij dit wil*, is er juridisch nog helemaal niets. Zie punt 2.7.1 uit de conclusie van A-G Moltmaker, die overigens zelf van mening is dat de 'tenzij-clausule' geen potestatieve voorwaarde is. Op de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling kom ik nog terug in paragraaf 6.3.3 en paragraaf 6.8.1.

24. HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, *BNB* 1996/112.

25. Zie subparagraaf 1.2.2.1 'Twee 'subvrijheden'.

26. Hierover F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 117. Zie ook Blokland & Stollenwerck 2004 en Mellema-Kranenburg 2004b.

delen, of bij hun vooroverlijden aan hun wettige afstammelingen reeds geboren of nog geboren zullen worden.

(...)

Het is aan mijn genoemde echtgenoot verboden bij schenking onder de levenden over het aan hem gemaakte te beschikken, terwijl dit aan hem gemaakte niet zal vallen in enige gemeenschap van goederen, waarin hij eniger tijd mocht huwen.

*Hij zal echter wel bij testament over het na te melden onroerend goed mogen beschikken* (curs. NB).<sup>27</sup>

Toch kan de bevoegdheidsverlening mijns inziens ook hier als voorwaarde worden aangemerkt. De verwachter wordt onder dubbele (opschortende) voorwaarde geroepen. Namelijk de voorwaarde dat de verwachter de bezwaarde overleeft én de voorwaarde dat de bezwaarde bij uiterste wil niet over het hem vermaakte heeft beschikt. Op de mogelijkheid om wilsdelegatie te verwezenlijken met behulp van dergelijke wilsafhankelijke voorwaarden ga ik in hoofdstuk 6 nader in. In deze paragraaf heb ik reeds willen tonen dat het gesloten stelsel niet meteen in de weg staat aan het verlenen van delegatiebevoegdheden.

#### 2.2.4. Herroepelijkheid

Is de rechtshandeling een uiterste wilsbeschikking in de zin van art. 4:42 lid 1 BW, dan geldt dat zij steeds eenzijdig kan worden herroepen.

Art. 4:922 oud BW definieerde de uiterste wil als 'eene akte, houdende de verklaring van hetgeen iemand wil dat na zijnen dood zal geschieden, en welke akte door hem kan worden *herroepen* (curs. NB).' De herroepelijkheid maakte derhalve deel uit van de definitie en werd door de heersende leer zelfs beschouwd als het voornaamste element van de uiterste wilsbeschikking.<sup>28</sup> Deze opvatting is thans verlaten en de herroepelijkheid, die voortvloeit uit de eenzijdigheid en mede de testeervrijheid inkleurt,<sup>29</sup> is in het tweede lid van art. 4:42 BW terecht omgedoopt tot *rechtsgevolg*.<sup>30</sup> Een verklaring van onherroepelijkheid tornt dan ook niet aan de uiterste wilsbeschikking als zodanig, maar is vanwege strijd met het tweede lid nietig.<sup>31</sup> De bepalingen omtrent de herroeping van de uiterste wilsbeschikking zijn in afdeling 4.4.5 BW neergelegd.

Met een beeld van de elementen van de uiterste wilsbeschikking en het besef van haar dwingende rechtsgevolg, de herroepelijkheid, ben ik toegekomen aan de in art. 4:42 lid 3 BW genoemde geldigheidsvereisten:

'Een uiterste wilsbeschikking kan alleen *bij uiterste wil* en slechts door de erflater *persoonlijk* worden gemaakt en herroepen (curs. NB).'

27. HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, NJ 2004/487.

28. Zie F. Schols 2005, p. 17, voetnoot 50 en de daarin opgesomde literatuur.

29. Zie subparagraaf 1.2.2.1 'Twee 'subvrijheden'.

30. Indien de herroepelijkheid deel uitmaakt van het eerste lid van art. 4:42 BW kan de erflater door onherroepelijke beschikkingen de vormvoorschriften voor de uiterste wil eenvoudig ontgaan. Zie B. Schols 2007a, p. 98-99.

31. Over de absoluutheid van de herroepelijkheid F. Schols 2005, p. 23 e.v.

In de volgende paragraaf staat de vormgebondenheid van de uiterste wilsbeschikking centraal. Paragraaf 2.5 handelt over het persoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking.

## 2.3. Vormgebondenheid

### 2.3.1. Algemeen

Met de woorden '*bij uiterste wil*' in art. 4:42 lid 3 BW wordt aangegeven dat de uiterste wilsbeschikking, in afwijking van art. 3:37 BW, een aan *vorm* gebonden rechtshandeling is. De vormvoorschriften zijn nader geregeld in afdeling 4.4.4 BW.<sup>32</sup>

Art. 4:93 BW stelt voorop dat een uiterste wil enkel de wilsbeschikkingen van één persoon kan bevatten. Dit vormvoorschrift verbiedt de uiterste wil die bij dezelfde akte door twee of meer personen is gemaakt.<sup>33</sup>

De verschillende soorten vormen van uiterste willen zijn geregeld in art. 4:94 e.v. BW. Ik stip deze vormen hierna kort aan. Voor een uitgebreide behandeling volsta ik evenwel met een verwijzing naar de erfrechtelijke handboeken,<sup>34</sup> daar de kwintessens van deze paragraaf gelegen is in het materiële aspect van de vormgebondenheid dat volgens Breemhaar tot uitdrukking komt in '*het verbod van ontduiking van de vormdwang*'.<sup>35</sup>

### 2.3.2. Notarieel of depot-testament

Art. 4:94 BW schrijft als hoofdregel de tussenkomst van een notaris voor. Een uiterste wil kan alleen worden gemaakt bij een notariële akte of bij een aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte.

In de praktijk is testeren bij notariële akte (het notarieel testament) de meest voorkomende manier waarop de laatste wil uiting krijgt. De bijstand van de notaris en diens zorgplicht en deskundigheid zorgen voor extra waarborgen. Testeren door het aan een notaris in depot geven van een onderhandse akte (het depot-testament) komt in de praktijk bijna niet voor, maar is, mits aan het bepaalde in art. 4:95 BW is voldaan, evenzo rechtsgeldig.

### 2.3.3. Codicil en buitengewone vormvoorschriften

Iedere hoofdregel kent zijn uitzonderingen. Art. 4:97 BW bepaalt dat bij een onderhands, door de erflater geheel met de hand geschreven, gedagtekend en ondertekend

32. Voor het herroepen van een uiterste wilsbeschikking gelden dezelfde vormvoorschriften als voor het maken van die beschikking (art. 4:111 BW).

33. Hierover onder anderen Breemhaar 1992, nr. 70; F. Schols 2005, p. 28 e.v.; Waaijer, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 136; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 414.

34. Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 373 e.v.; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 150 e.v.; Waaijer, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 127 e.v.; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 406 e.v. Vgl. ook Reid, De Waal & Zimmermann 2011 voor wat de vorm voor uiterste willen betreft in Frankrijk, België, Spanje, Latijns-Amerika, in het bijzonder Brazilië, Italië, Nederland, Duitsland, Oostenrijk, Hongarije, Polen, het islamitische recht, Engeland en Wales, Australië, Nieuw-Zeeland, de Verenigde Staten van Amerika, Zuid-Afrika en Schotland.

35. Breemhaar 1992, nr. 44. Zie hierna subparagraaf 2.3.4 'Ontduiking vormgebondenheid'.

stuk (het codicil) zonder dat daarvoor notariële tussenkomst is vereist, beschikkingen kunnen worden gemaakt tot: het maken van legaten van kleren, lijfstoebehoren, bepaalde lijfsieraden, bepaalde tot de inboedel behorende zaken en bepaalde boeken. Eveneens kan in een codicil worden geregeld dat de voornoemde goederen buiten een huwelijksgemeenschap vallen. Bij codicil kan erflater voorts een beschikking maken tot aanwijzing van een persoon als bedoeld in art. 25 lid 2 en lid 4 van de Auteurswet en art. 5 lid 2 van de Wet op de naburige rechten.

Een bezoek aan de notaris is evenmin nodig voor beschikkingen gemaakt in noodsituaties of buitengewone omstandigheden als bedoeld in art. 4:98 e.v. BW.

#### 2.3.4. *Ontduiking vormgebondenheid*

In de vormgebondenheid van art. 4:42 lid 3 BW ligt volgens Breemhaar ook een materieel aspect besloten: erflaters wil moet in de uiterste wil zelf zijn terug te vinden en mag niet uit 'andere' stukken, die niet tot de uiterste wil behoren, noch uit mondelinge instructies blijken.<sup>36</sup> Hoe verhoudt dit gegeven zich tot delegatie bij uiterste wil? Leidt erkenning van wilsdelegatie tot erkenning van informele uiterste wilsbeschikkingen?

Een vraag waar Kleijn en Rombach zich reeds over bogen.<sup>37</sup> Volgens Kleijn kan als bezwaar tegen wilsdelegatie worden aangevoerd dat hierbij het gedeelte van de uiterste wilsbeschikking dat door de gedelegeerde wordt ingevuld op informele wijze tot stand komt. Het mist zodoende de waarborgen van de vormvoorschriften, zoals de deskundigheid van de notaris en de duurzaamheid van de afgelegde verklaringen.<sup>38</sup> Vooral indien de gebondenheid van de gedelegeerde aan de door erflater gegeven richtlijnen geringer wordt, wordt deze tegenwerping principiëler.

Rombach erkent het op de loer liggende gevaar van informele uiterste wilsbeschikkingen, echter enkel in het geval de wil van de gedelegeerde wordt opgevat als tevens de wil van de erflater. Het is volgens hem echter sofistich en onrealistisch om in hetgeen de erflater een ander vrij laat willen de wil van erflater te zien. Het steunt slechts daarop. De wil van de gedelegeerde moet worden opgevat als zijn eigen wil en van een schending van de vormgebondenheid is volgens Rombach dan ook geen sprake. Dit zou slechts anders zijn wanneer de gedelegeerde tevens handelt krachtens buiten de uiterste wil gelegen opdrachten. Erflaters wil moet immers, op straffe van nietigheid, in de uiterste wil zelf zijn terug te vinden.<sup>39</sup>

Met Rombach ben ik van mening dat de wil van de gedelegeerde slechts op erflaters wil *berust*. Het gegeven dat de wil van de gedelegeerde gebaseerd zal zijn op de wil van erflater en zelfs aan de erflater kan worden toegerekend, leidt dan ook niet tot informele uiterste wilsverklaringen van erflater. Hetgeen erflater wil (bijvoorbeeld: 'mijn echtgenoot bepaalt binnen drie maanden na mijn overlijden wie van mijn kinderen mijn postzegelverzameling verkrijgt'), blijkt immers uit de uiterste wil. Als erflater in

36. Breemhaar 1992, nr. 78-80. Breemhaar komt tot dit verbod door het bepaaldheidsvereiste te verbinden met de vormgebondenheid van de uiterste wilsbeschikking (zie Breemhaar 1992, nr. 72).

37. Kleijn 1969, p. 282 en p. 295; Rombach 1969, p. 421.

38. Zie voor de waarborgen van de vormvoorschriften uitgebreider: Breemhaar 1992, nr. 46 en Waaijer, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 126-127.

39. Rombach 1969, p. 421.

zijn uiterste wil bevoegdheden delegeert, zal hij door de notaris worden '*belehrt*' en attent worden gemaakt op de gevolgen die hiermee gepaard kunnen gaan (bijvoorbeeld op een misbruikrisico door de gedelegeerde). De deskundigheid van de notaris en de duurzaamheid van erflaters afgelegde verklaringen gaan door wilsdelegatie mijns inziens niet verloren.

Door de wilsdelegatie krijgt de gedelegeerde juist de bevoegdheid om met behulp van de *eigen wil* (die rekening kan houden met de omstandigheden ten tijde van het overlijden) bepaalde beschikkingen nader in te kleuren. Wat de gedelegeerde met de aan hem toebedeelde bevoegdheid uiteindelijk bepaalt, is niet meer erflaters wil, maar de wil van de gedelegeerde. Deze wil is niet aan vormvoorschriften gebonden.

Alvorens de vraag te stellen of het andere geldigheidsvereiste van art. 4:42 lid 3 BW, uitgedrukt met de woorden '*slechts door erflater persoonlijk*', een hinderpaal opwerpt tegen het delegeren bij uiterste wil, zal worden gekeken naar een met de uiterste wilsbeschikking ten nauwste verbonden rechtshandeling: *de schenking*. De schenking is een overeenkomstrechtelijke manier waarmee, vooruitlopend op de erfopvolging, kan worden bevoordeeld. Mede gelet op de in het vorige hoofdstuk getrokken parallel tussen de contractsvrijheid en de testeervrijheid en het besef dat men tijdens leven in alle vrijheid beslissingsbevoegdheden aan een ander mag verlenen, is het interessant om deze overeenkomst nader te bestuderen. Is de schenking zoveel anders dan de uiterste wilsbeschikking? Hierna heb ik voor deze vraag aandacht.

## 2.4. Intermezzo: schenking

### 2.4.1. Algemeen: haar bouwstenen

Gelijktijdig met de invoering van het nieuwe erfrecht op 1 januari 2003 trad titel 7.3 BW in werking, waarin de schenking als bijzondere *overeenkomst* wordt geregeld (art. 7:175- 7:185 BW).<sup>40</sup> Art. 7:175 BW definieert de schenking als de overeenkomst om niet, die ertoe strekt dat de ene partij, de schenker, ten koste van eigen vermogen de andere partij, de begiftigde, verrijkt.' Gelijk de gift, die in art 7:186 lid 2 BW wordt omschreven als 'iedere handeling die er toe strekt dat degenen die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt',<sup>41</sup> wordt voor de schenking een *verarming en verrijking*, alsmede een *bevoordelingsbedoeling* vereist. Iedere schenking is zodoende ook altijd een gift, maar omgekeerd geldt niet hetzelfde. Niet iedere gift is een schenking. Voor de schenking gelden namelijk twee extra vereisten: er dient

40. Wet van 18 april 2002 tot vaststelling van titel 7.3 (Schenking) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Vgl. het Belgische recht waarin de schenking samen met het testament wordt behandeld in Titel 2 van Boek 3 van het Belgische BW. Deze titel volgt op de titel 'Erfenissen' (Titel 1 van Boek 3 van het Belgische BW) en gaat vooraf aan de titel over contracten of verbintenissen uit overeenkomst in het algemeen (Titel 3 van Boek 3 van het Belgische BW).

41. Vgl. hiermee de '*materiële schenking*' van het oude schenkingsrecht. Deze schenking werd niet in de wet geregeld, doch in de literatuur werd hieronder verstaan: iedere (andere) handeling met een bevoordelingsbedoeling en een verrijking voor de begiftigde ten koste van het vermogen van de handelende. Zie Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 632.

sprake te zijn van een *overeenkomst* en deze dient *om niet* te zijn. Het schenkingsbegrip bevat dan ook de volgende bouwstenen:

1. verarming en verrijking;<sup>42</sup>
2. bevoordelingsbedoeling;
3. overeenkomst;
4. om niet.<sup>43</sup>

Wordt op het moment van het aangaan van de handeling niet aan de laatste twee elementen voldaan, te weten de overeenkomst om niet, dan is geen sprake van een schenking, maar van een gift.<sup>44</sup>

Onder het oude schenkingsrecht werd de schenking overigens gedefinieerd als 'eene overeenkomst, waarbij de schenker, bij zijn leven, om niet en onherroepelijk eenig goed afstaat ten behoeve van den begiftigde die hetzelfde aanneemt (art. 7A:1703 lid 1 oud BW).'<sup>45</sup> Wordt deze definitie vergeleken met het huidige schenkingsbegrip van art. 7:175 BW dan valt op dat de huidige definitie ruimer is. Thans verplicht een schenking namelijk niet enkel tot de 'overdracht van een goed', maar kan zij ook tot een doen of niet doen verplichten. Voorts vallen niet enkel de verbintenisscheppende overeenkomsten, maar ook de verbintenisbevrijdende overeenkomsten onder de huidige schenkingsdefinitie en bovendien kan de schenking *herroepelijk* geschieden.<sup>46</sup> Op de herroepelijkheid van de schenking kom ik in paragraaf 2.4.3 terug.

#### 2.4.2. Totstandkoming

De schenking is een *eenzijdige overeenkomst*, hetgeen betekent dat slechts voor één partij een of meerdere verbintenissen bestaan. Van wederkerigheid is zodoende geen sprake.<sup>47</sup> Zo is het ook bij de uiterste wilsbeschikking, zij het dat de uiterste wilsbeschikking (als eenzijdige rechtshandeling) tot stand komt door toedoen van één persoon. Voor de totstandkoming van de (schenking)overeenkomst, als *meerzijdige rechtshandeling*, is nochtans de medewerking van twee partijen vereist. Namelijk van degene die het (schenking)aanbod doet en van degene die het (schenking)aanbod aanvaardt (vgl. art. 6:217 BW).

42. Er dient hierbij sprake te zijn van een *voltooide vermogensverschuiving*. Zie ook F. Schols 2011, p. 13.

43. Voor deze te onderscheiden soorten bouwstenen van de schenking verwijs ik naar Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 632-645; F. Schols 2011, hoofdstuk II en Asser/Perrick 2013 (4), nr. 260 e.v.

44. Art. 7:186 lid 1 BW verklaart de regels die gelden voor de schenking van overeenkomstige toepassing op andere giften dan schenkingen, voorzover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de handeling zich daartegen niet verzet. In feite gelden de bepalingen van titel 7.3 BW dus niet alleen voor de schenking, maar ook voor de gift waarbij overeenkomstige toepassing mogelijk is. De voorschriften die gelden voor de schenking kunnen zodoende niet worden omzeild door de schenking te gieten in de vorm van een (andere) gift. Zie over de schenking en de gift uitgebreid F. Schols 2011.

45. Deze schenking werd aangeduid als de '*formele schenking*'. Hiertoe behoorden de schenkingen bij notariële akte en schenkingen van hand tot hand.

46. Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 634-635.

47. Een wederkerige overeenkomst kan geen schenking in de zin van art. 7:175 BW zijn, omdat bij een wederkerige overeenkomst niet wordt gepresteerd *om niet*, aldus Asser/Perrick 2013 (4), nr. 262.



Het ontstaan van de schenkingsovereenkomst wordt evenwel versneld door het bepaalde in art. 7:175 lid 2 BW:

'Het tot een bepaalde persoon gericht schenkingsaanbod geldt als aangenomen, wanneer deze na er van kennis te hebben genomen het niet onverwijld heeft afgewezen.'

Hierdoor wordt aan 'de aanvaarding' ofwel de wilsinstemming van de begiftigde minder gewicht toegekend en krijgt de overeenkomst als meerzijdige rechtshandeling enige karaktertrekken van de eenzijdige rechtshandeling.<sup>48</sup> De aanvaardingsregel van art. 7:175 lid 2 BW maakt met andere woorden dat de balans tussen aanbod en aanvaarding wordt scheefgetrokken ten nadele van de aanvaarding, waardoor de gelijkenis van de schenking met het legaat naar voren komt (vgl. art. 4:117 jo. 4:201 BW).

Zowel de schenking als het legaat brengen immers een vermogensrechtelijke vrijgevigheid teweeg die bij de begiftigde/ de legataris leidt tot een verkrijging onder bijzondere titel. Daar waar de schenking als *overeenkomst* (in beginsel werkend tijdens leven) evenwel uiteenloopt van het legaat als *eenzijdige rechtshandeling* (met werking na overlijden), trekt de snelle aanvaardingsregel van art. 7:175 lid 2 BW dit verschil tussen beide dus in enig opzicht weer recht. Hierbij dient te worden opgemerkt dat art. 7:175 lid 2 BW evenwel van regelend recht is en de schenker derhalve voor de totstandkoming van de schenking een uitdrukkelijke aanvaarding door de begiftigde kan verlangen.<sup>49</sup>

Tussen de schenking en het legaat is meer gelijkenis te bespeuren. Met name daar waar een cruciaal verschil tussen beide, namelijk de werking van de schenking normaliter *tijdens leven van de schenker* enerzijds en de werking van het legaat *na erflaters overlijden* anderzijds, wordt opgedoekt: te weten de gevallen waarin wordt geschonken ter zake des doods (art. 7:177 BW).<sup>50</sup> Hieraan besteed ik aandacht in paragraaf 2.5.2.2.

Een ander raakvlak tussen de schenking en het legaat (een uiterste wilsbeschikking) is de mogelijkheid van herroeping.

### 2.4.3. Herroepelijkheid

In paragraaf 2.2.4 zagen we reeds dat een uiterste wilsbeschikking als dwingend rechtsgevolg de herroepelijkheid kent. Het aangaan van een schenking geschiedt daarentegen in beginsel onherroepelijk. Het is immers een *overeenkomst*. Toch kan (anders dan onder het oude schenkingsrecht)<sup>51</sup> herroepelijk worden geschonken

48. F. Schols 2011, p. 23.

49. Zie ook Asser/Perrick 2013 (4), nr. 282.

50. Zie in dit kader ook HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7268, waarin werd geoordeeld dat een papieren schenking moet zijn vastgelegd in een notariële akte om te voorkomen dat de schenking bij overlijden van de schenker vervalt. Dat er tijdens leven rente is betaald, doet hieraan niet af.

51. Onder het oude schenkingsrecht was herroepelijk schenken niet mogelijk, omdat de schenking in art. 7A:1703 lid 1 oud BW werd gedefinieerd als een *onherroepelijke* rechtshandeling. Deze eis van onherroepelijkheid werd veelal zo opgevat dat de schenking niet afhankelijk mag zijn van een potestatieve voorwaarde. Zie *Toelichting Wiersma*, p. 895 (ook te kennen uit Van Straaten 2005, p. 21).

indien dit bij de schenkingsovereenkomst wordt bedongen (vgl. art. 7:177 lid 2 BW).<sup>52</sup> Aan rechtshandelingen kunnen in beginsel namelijk opschortende of ontbindende voorwaarden worden verbonden (art. 3:38 lid 1 BW). Het herroepen van de schenking kan worden gezien als een ontbindende voorwaarde. Meer in het bijzonder: als een ontbindende voorwaarde die louter afhankelijk is van de wil van de schenker (in de literatuur soms ook wel de zuiver *ontbindende potestatieve voorwaarde* genoemd).<sup>53</sup> Het algemene vermogensrecht staat hier niet onwelwillend tegenover.<sup>54</sup> De schenker kan zodoende de schenking zo formuleren dat hij schenkt onder de ontbindende voorwaarde dat hij dit niet (meer) wil. Het intreden van de voorwaarde heeft overigens geen terugwerkende kracht (art. 6:22 jo. 3:84 lid 4 BW).<sup>55</sup>

Verstappen merkt, met de verwijzing naar de toelichting op het voorontwerp Wiersma, p. 901, op dat het herroepingsbeding ook naar inhoud en strekking kan inhouden dat na schenkers dood zijn erfgenamen nog tot herroeping kunnen overgaan.<sup>56</sup> Is de mogelijkheid tot herroeping bij de overeenkomst niet bedongen, dan kan slechts rechtsgeldig het *aanbod* tot schenking worden herroepen, mits hierbij het bepaalde in art. 6:219 BW in acht wordt genomen. Het aanbod vervalt evenwel indien de aanbieder voor de aanvaarding van het aanbod overlijdt, tenzij uit de overeenkomst of uit het aanbod zelf het tegendeel voortvloeit (art. 7:179 BW).

#### 2.4.4. Vormvrijheid: De notariële akte, adieu!

##### 2.4.4.1. Het oude schenkingsrecht en het vormvoorschrift van de notariële akte

Ingevolge art. 3:37 BW kan vormvrij worden geschonken. Onder het oude schenkingsrecht was dit anders. De geldigheid van schenkingsovereenkomsten werd destijds namelijk gebonden aan het vormvereiste van een notariële akte (vgl. art. 7A:1719

52. Herroeping van schenkingen ter zake des doods kan, indien de bevoegdheid hiertoe is bedongen, ook zonder mededeling aan de begiftigde bij een uiterste wilsbeschikking van de schenker geschieden.

53. Zie bijvoorbeeld Vegter 2008. Marres 1993, p. 455 verdedigt evenwel dat een *ontbindende potestatieve voorwaarde* een contradictio in terminis is, omdat de potestatieve voorwaarde juist voorkomt dat een verbintenis ontstaat. Zie ook de conclusie van A-G Moltmaker bij HR 17 januari 1996, ECLI: NL:HR:1996:BI5402, BNB 1996/112.

54. *Kamerstukken II* 2000/01, 17213, 6, p. 6-7. De zuiver *opschortende* potestatieve voorwaarde ('Ik schenk, indien ik dit wil'), is daarentegen in strijd met het wezen van de verbintenis. Het roept immers geen verbintenis in het leven, omdat de schenker juist verklaart nog niet te willen schenken. *Parl. Gesch. Boek* 6, p. 146-147 (TM). Zie ook Mellema-Kranenburg 2004a; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 175-176.

55. Zie in dit verband ook Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 657-658, waarin hij aangeeft dat het 'herroepen' van schenkingen juridisch op twee manieren kan worden geïnterpreteerd: '1. De bevoegdheid tot herroeping is geformuleerd als een voorwaardelijke verbintenis: het herroepen heeft tot gevolg dat voor de begiftigde een verplichting in het leven wordt geroepen het geschonkene (of het restant daarvan) aan de schenker terug te geven of daarvoor een vervangende prestatie te verrichten. 2. De bevoegdheid tot herroeping is geformuleerd als een voorwaardelijke verkrijging: door de herroeping wordt een ontbindende voorwaarde vervuld die het geschonkene zonder terugwerkende kracht van rechtswege doet terugvallen in het vermogen van de schenker (zie art. 6:22 BW jo. art. 3:84 lid 4 BW).' Over de herroepelijke schenking ook F. Schols 2001 (waarin ook naar voren komt dat de herroepelijke schenking in de estate planningspraktijk goede dienst kan bewijzen); Mellema-Kranenburg 2004a; Burgerhart 2005, p. 376 e.v.; Maasland 2007; Blokland 2007; Vegter 2008; F. Schols 2011, p. 41 e.v.; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 284; Zie over de fiscale gevolgen van de schenking: Van Vijfeijken 2008.

56. Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 656-657. Zo ook F. Schols 2011, p. 42 onderaan.

oud BW).<sup>57</sup> Zowel het aanbod als de aanvaarding van de schenking diende, op straffe van nietigheid, *notarieel* te worden vastgelegd. Dit kon ook *bij volmacht*.<sup>58</sup>

Afgezien van de sterke bewijsfunctie van de notariële akte (art. 184 lid 1 jo. 178 oud Rv; thans art. 157 lid 1 jo. 151 Rv) kan als reden voor dit vormvereiste worden gewezen op de bescherming van de schenker tegen overhaastige vrijgevigheid.<sup>59</sup> De schenker moest tegen zichzelf worden beschermd, want er gold (doordat de schenking toentertijd onherroepelijk geschiedde): *‘Niemand kan geven en houden’*.<sup>60</sup> Door het voorschrijven van een notariële akte werd de schenker tot overpeinzing bewogen. Naar mijn mening is dit niet dezelfde overpeinzing waartoe de notariële akte ter zake van het testeren prikkelt. In het geval van het testeren, wordt door de notariële bijstand op erflaters geweten ingespeeld (Is dit echt de laatste wil? Begrijpt de erfflater wat er staat en kan hij de gevolgen overzien?). Terwijl de notariële tussenkomst die het oude schenkingsrecht vereiste vooral overhaastige beslissingen de kop in drukte (Het schenken van een behoorlijk geldbedrag aan een reisgenoot tijdens een gezellige vakantie dient niet onbesuisd te geschieden). Het gegeven dat ook bij volmacht kon worden geschonken, lijkt dit verschil in overpeinzing te onderschrijven. Het was niet nodig dat de schenker in persoon voor de notaris verscheen om hetgeen in de akte werd neergelegd ten volle tot zijn bewustzijn te laten doordringen. Een rechtsgeldige volmacht volstond eveneens.

Daarnaast kan ook de antipathie die de schenking al van oudsher uitlokt als reden voor het vereiste van de notariële akte worden genoemd.<sup>61</sup> Bezorgdheid en ongerustheid overweldigden de erfgenamen bij het idee dat het familievermogen met schenkingen er doorheen kon worden gejaast. Met het vormvoorschrift van een notariële akte, en daarmee een extra inspanningsplicht en bewustwordingsmoment voor de

57. Met uitzondering van de schenking van hand tot hand (art. 7A:1724 oud BW) en de materiële schenkingen.

58. Art. 7A:1720 lid 1 oud BW bepaalde evenwel dat: ‘Geene schenking is voor den schenker verbindende, of brengt enig gevolg hoegenaamd te weeg, dan van den dag waarop dezelve in uitdrukkelijke bewoordingen zal zijn aangenomen, het zij door den begiftigde zelve, het zij door eenen persoon, aan wien door dezen, *bij eene authentieke akte, de volmagt is verleend om schenkingen aan te nemen*, welke aan den begiftigde gedaan zijn, of in het vervolg mogten gedaan worden (curs. NB).’ Een volmacht tot aanneming van een schenking diende dus bij authentieke akte te geschieden. Voor een volmacht tot het aanbieden van een schenking gold het vereiste van een authentieke akte daarentegen niet. HR 25 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9740, NJ 1987/657. Zie ook Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 646. Vgl. in dit kader de conclusie van advocaat-generaal Mok bij HR 15 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW8859, BNB 1983/237 waarin verschillende opvattingen over de vraag of een volmacht tot het aangaan van schenking gebonden is aan een notariële akte, uiteengezet worden.

59. Van Mens 1985, p. 58.

60. *Matthaeus* 1775, Vijfde zinspreuk.

61. Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 630 laat zien dat we deze antipathie thans ook terug zien in art. 1:88 BW (voor giften is in beginsel de toestemming van de partner vereist); in afd. 4.4.3 BW (schenkingen worden in aanmerking genomen voor de berekening van de legitieme); in art. 3:45 BW en art. 42 Fw (doorgaans zijn schenkingen paulianeus); in art. 7:176 BW (bewijsregeling in verband met misbruik van omstandigheden, waarover in de volgende subparagraaf meer) en het feit dat over een verkrijging krachtens schenking, schenkelasting is verschuldigd.

schenker, kon deze bevreesdheid lichtelijk worden afgeremd.<sup>62</sup> Onder het oude *erfrecht* vervulde niet de notariële akte, maar de regeling van de legitieme portie eenzelfde temperende rol. Die rol is thans, zoals in het eerste hoofdstuk naar voren kwam (par. 1.3.3.4), behoorlijk afgezwakt.

Langs andere wegen, namelijk die van de schenking van hand tot hand en de materiële schenking, werd aan bovenstaande overwegingen afbreuk gedaan. Voor de schenking van hand tot hand en de materiële schenking gold het vormvereiste van een notariële akte namelijk niet, hetgeen onder meer ontduikingsperikelen in de hand werkte. Het contrast met deze andere schenkingsvormen was dan ook een van de drijfveren voor de afschaffing van het vormvereiste van de notariële akte.<sup>63</sup> Bovendien stond de ratio van het vormvoorschrift niet in verhouding tot het gevolg. De onbetwiste nietigheid maakte een beroep op het ontbreken van een notariële akte, ook bij volkomen gerechtvaardigde en weloverwogen schenkingsbeloften, tot een gewillig redmiddel om niet aan de gevolgen van deze beloften te zijn gebonden. Een reden te meer om tot afschaffing van het vormvoorschrift over te gaan.<sup>64</sup>

#### 2.4.4.2. Notariële akte thans geen vormvereiste, maar... én behoudens...

In titel 7.3 BW is als *uitgangspunt* genomen dat schenkingen *vormvrij* kunnen worden aangegaan.<sup>65</sup> Toch kan het gieten van de schenking in de vorm van een notariële akte zinvol zijn vanwege de al eerder genoemde sterkere bewijskracht van de notariële akte en de executoriale titel die zij als authentieke akte kan verschaffen.<sup>66</sup> Bovendien kent Titel 7.3 BW nog een bepaling waarin het al dan niet schenken bij notariële akte meetelt. Art. 7:176 BW bepaalt namelijk dat indien de schenker feiten stelt waaruit volgt dat de schenking door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen (vgl. art. 3:44 lid 4 BW), bij een beroep op vernietigbaarheid de bewijslast van het

62. Zie ook Van Mens 1985, p. 58 met in voetnoot 2 een verwijzing naar hoofdstuk 2, voetnoot 8. Vgl. Barbaix 2008, p. nr. 2 waarin wordt opgemerkt dat vrijgevigheiden de argwaan van de Napoleonische wetgever wekten, daar zij niet pasten binnen zijn negentiende-eeuwse liberale maatschappijopvatting en nr. 47 en 57 waarin wordt gesproken van het wantrouwen van de (Belgische) wetgever ten aanzien van schenkingen.

63. Zie *Toelichting Wiersma*, p. 896 (zie ook Van Straaten 2005, p. 24): 'Voor afschaffing van de akte wordt onder meer aangevoerd dat het motief van bescherming tegen overijling niet van doorslaggevende betekenis kan zijn nu in de praktijk zoveel schenkingen zonder voorafgaande belofte metterdaad geschieden. Bovendien zou deze bescherming dan niet alleen bij schenking nodig zijn, maar ook bij andere overeenkomsten om niet die onberaden kunnen worden aangegaan.'

64. Zie *Toelichting Wiersma*, p. 896 (zie ook Van Straaten 2005, p. 23): 'Ook voor het aanbod tot schenking reikt de eis van een notariële akte verder dan met het oog op bescherming van de schenker tegen overijling en met het oog op de rechtszekerheid geboden is. Op het gemis van de akte wordt in de praktijk herhaaldelijk een beroep gedaan om te ontkomen aan de gevolgen van volkomen gerechtvaardigde, geenszins overijde en bewijsbare beloften tot schenking. De onbevredigende uitkomsten van deze rechtspraak hebben de laatste decennia dan ook geleid tot een communis opinio, die zich met betrekking tot het aanbod tot schenking tegen handhaving van de eis van een notariële akte heeft uitgesproken.' Zie over het vervallen van het vormvereiste van een notariële akte ook Van Mens 1985, p. 164 e.v.; Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 646.

65. Hetgeen overigens niet wegneemt dat voor de levering van bepaalde geschonken zaken wel vormvoorschriften gelden. Zo geschiedt de voor overdracht van onroerende zaken vereiste levering door een daartoe bestemde, tussen partijen opgemaakte notariële akte (art. 3:89 BW).

66. Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 647; F. Schols 2011, p. 26.

tegendeel op de begiftigde rust, tenzij van de schenking *een notariële akte* is opgemaakt of deze verdeling van de bewijslast in de gegeven omstandigheden in strijd met de eisen van de redelijkheid en billijkheid zou zijn. Normaliter wordt de bewijslastregeling geven door het bepaalde in art. 150 Rv:

'De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.'

Degene die zich op vernietigbaarheid van de rechtshandeling vanwege misbruik van omstandigheden beroept, draagt daarvan in beginsel de bewijslast. Art. 7:176 BW draait deze bewijslast om. Niet de schenker moet bewijzen dat er sprake is van misbruik van omstandigheden, maar het is aan de begiftigde om het tegendeel aan te tonen. *Tenzij* van de schenking een notariële akte is opgemaakt. In dat geval kunnen de partijen weer uit de voeten met de hoofdregel van art. 150 Rv. De notariële tussenkomst brengt immers een onafhankelijke en onpartijdige zorgvuldigheid en deskundigheid mee waardoor wordt gewaakt tegen gehaaste en ondoordachte beslissingen van de schenker alsook tegen misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht.<sup>67</sup>

De notariële akte heeft in het schenkingsrecht dus nog steeds betekenis, al is zij *in beginsel* geen (vorm)vereiste meer om een schenking rechtsgeldig aan te gaan. Alleen voor de schenking ter zake des doods (art. 7:177 BW) is dit anders. De schenking ter zake des doods vormt een uitzondering op de hoofdregel van vormvrij schenken.<sup>68</sup> Op straffe van verval dient van de schenking een notariële akte te worden opgemaakt. Daarenboven verlangt art. 7:177 BW voor de werking van de schenking na overlijden een *persoonlijk* bezoek van de schenker aan de notaris (vgl. art. 4:42 lid 3 BW). Op dit persoonlijke karakter van de schenking ter zake des doods kom ik in subparagraaf 2.5.2.2 terug.

#### 2.4.5. Conclusie

Alvorens de sprong te maken naar het tweede geldigheidsvereiste van art. 4:42 lid 3 BW, waarin het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking naar voren komt, heb ik als intermezzo de schenking behandeld en de vraag gesteld waar deze rechtshandeling verwantschap met de uiterste wilsbeschikking vertoont. In deze subparagraaf zijn de gesignaleerde raakvlakken nog eens op een rijtje gezet.

Zowel de schenking als de uiterste wilsbeschikking met een verkrijgende werking (zoals de erfstelling en het legaat) brengt vermogensrechtelijke vrijgevigheid teweeg en van wederkerigheid is bij beide dan ook geen sprake.

67. HR 20 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0586, NJ 1989/766 (*Groningse huwelijkse voorwaarden*).

68. De wet kent nog een tweede uitzondering, naast de uitzondering die geldt voor schenkingen ter zake des doods, op het vormvrij schenken. Bij schenken onder bewind dient het aanbod tot schenking *schriftelijk* te worden gedaan (art. 7:182 BW).

De schenking verschilt evenwel wezenlijk van de uiterste wilsbeschikking waar het de wijze van totstandkoming betreft. Daar waar de uiterste wilsbeschikking als eenzijdige rechtshandeling tot stand komt door de wilsuiting van één persoon, verlangt de schenking als meerzijdige rechtshandeling voor haar totstandkoming minimaal twee wilsuitingen: de wilsuiting van de persoon die het aanbod doet en de wilsuiting van de persoon die het aanbod aanvaardt. Toch kan de schenking in dit opzicht de uiterste wilsbeschikking, in het bijzonder het legaat dat eveneens tot een verkrijging onder bijzondere titel leidt, raken. De snelle aanvaardingsregel van art. 7:175 lid 2 BW bepaalt immers dat het schenkingsaanbod als aangenomen geldt, wanneer zij door degene aan wie het aanbod is gericht na ervan kennis te hebben genomen niet onverwijld is afgewezen. De wilsuiting van de schenker is dus beduidend van meer gewicht dan de wilsinstemming van de begiftigde.

Een ander raakvlak tussen de beide rechtshandelingen is gelegen in de mogelijkheid om op de vrijgevigheid terug te komen door middel van herroeping. Deze herroepingsmogelijkheid dient bij de schenkingsovereenkomst weliswaar te worden bedongen, terwijl zij bij de uiterste wilsbeschikking dwingend rechtsgevolg is.

In twee belangrijke opzichten verschilt de schenking echter van de uiterste wilsbeschikking. Allereerst werkt de schenking in de regel tijdens leven, terwijl de uiterste wilsbeschikking enkel haar werking heeft na overlijden. Voorts zijn op de uiterste wilsbeschikking strikte geldigheidsvereisten van toepassing. De uiterste wilsbeschikking is op grond van art. 4:42 lid 3 BW een vormgebonden rechtshandeling en dient door de erflater persoonlijk te worden gemaakt. Voor de schenking geldt in beginsel noch een vormvoorschrift, noch een vertegenwoordigingsverbod. Wanneer we te maken hebben met de schenking ter zake des doods (art. 7:177 BW), duikt toch ook op deze cruciale verschilpunten een gelijkenis tussen de beide rechtshandelingen op. Met de schenking ter zake des doods wordt evenzo een werking na overlijden beoogd. Om deze werking daadwerkelijk te genieten wordt in art. 7:177 BW aansluiting gezocht bij de geldigheidsvereisten van art. 4:42 lid 3 BW (uiterste wilsbeschikking). Dit artikel bepaalt namelijk dat de schenking die de strekking heeft pas na het overlijden van de schenker te worden uitgevoerd, vervalt met het overlijden van de schenker, tenzij van de schenking *een notariële akte* is opgemaakt en de schenking door de schenker *persoonlijk* is aangegaan.

Tot zover het ‘intermezzo’.

## 2.5. Hoogstpersoonlijk karakter

### 2.5.1. Algemeen

Aloud en amper betwist<sup>69</sup> is de regel dat de uiterste wil van de erflater hoogstpersoonlijk is. In het oude Boek 4 BW doch nimmer uitgesproken, genoot deze regel

69. Jansen 1992, p. 73-74 gooide een bal op over een testeerbevoegdheid voor de curator. In Jansen 2000 stelde hij wederom de hoogstpersoonlijke aard van de uiterste wilsbeschikking aan de kaak. Hierover ook F. Schols 2009a, p. 161 e.v.; Van Amersfoort 2014.

destijds eenstemmigheid. Uiterste wilsbeschikkingen moeten door erflater in persoon worden getroffen. Vertegenwoordiging is hierbij niet toegestaan.<sup>70</sup> Naast dit formele aspect ontvouwdde zich in de doctrine nog een ander, een materieel, aspect. Zo schrijft Meijers:

'Een erflater kan de geldigheid van een making niet van den wil van den erfgenaam of van een derde afhankelijk stellen. Evenmin kan hij een erfgenaam of een legataris door een ander laten aanwijzen. Een testament moet immers den wil van *den erflater* bevatten, niet van een ander persoon, op wien de erfgenaam (*erflater*, correctie NB)<sup>71</sup> zijn testeerbevoegdheid zou willen overdragen.'<sup>72</sup>

Dit materiële aspect van het hoogstpersoonlijke lijkt zodoende een algemeen delegatieverbod in te houden.<sup>73</sup>

Sinds 1 januari 2003 maakt de wet gewag van de hoogstpersoonlijke aard van de uiterste wilsbeschikking. Art. 4:42 lid 3 BW verlangt van erflater dat hij zijn uiterste wilsbeschikking persoonlijk maakt en herroept. Het formele aspect van het hoogstpersoonlijke is hiermee gecodificeerd. Vertegenwoordiging bij het maken of herroepen van uiterste wilsbeschikkingen is uit den boze. Anders dan het Duitse BGB, dat zowel het formele als het materiële aspect van het hoogstpersoonlijk karakter in de wet heeft verankerd, wordt in art. 4:42 lid 3 BW het materiële aspect echter niet uitdrukkelijk uitgesproken.<sup>74</sup>

§ 2064 BGB brengt de '*formelle Höchtpersönlichkeit*' tot uitdrukking: 'Der Erblasser kann ein Testament nur persönlich errichten.' En in § 2065 BGB ligt het '*Prinzip der materiellen Höchtpersönlichkeit*' besloten: 'I. Der Erblasser kann eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, dass ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll; II. Der Erblasser kann die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie die Bestimmung des Gegenstands der Zuwendung nicht einem anderen überlassen.' In dit materiële aspect ligt een algemeen delegatieverbod, ofwel *Drittbestimmungsverbot*, besloten. Op beide aspecten kom ik hierna en in het volgende hoofdstuk terug.

Dient in art. 4:42 lid 3 BW toch ook een materieel aspect te worden gelezen?<sup>75</sup> En houdt dit materiële aspect een algemeen delegatieverbod in? Deze essentiële vragen staan met name centraal in het volgende hoofdstuk, dat volledig handelt over het materiële aspect van het hoogstpersoonlijk karakter. In de onderstaande

70. Suijling/Dubois 1931, nr. 85. Vgl. ook: Asser/Perrick 2013 (4), nr. 148.

71. In Asser/Meijers/Van der Ploeg 1956, p. 107 is 'erflater' te lezen.

72. Asser/Meijers 1915, p. 98. Vgl. ook Suijling/Dubois 1931, nr. 85, 95 en 144.

73. Zo ook Breemhaar 1992, nr. 18, 42, 72 en 74-77. Vgl. hiermee de huidige doctrine: Kleijn 2004a, p. 82; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 221; B. Schols 2007a, p. 432 e.v.; Van Mourik 2008, nr. 46 (zie in dit kader ook Van Mourik 2013, nr. 46, waarin hij aangeeft dat de verwijzing naar de 'hoogstpersoonlijke aard' van de uiterste wilsbeschikking in de literatuur met weinig sympathie wordt omringd); F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 116; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 148, die allen het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking in het delegatievraagstuk betrekken.

74. Zo ook Rookmaker 2003b, p. 18-19.

75. Zie voor een bevestigend antwoord Breemhaar 1992, nr. 18; B. Schols 2007a, p. 432.

paragrafen wordt hierop reeds een aanvang genomen door art. 4:42 lid 3 BW grondiger te bestuderen. Waarom vond de wetgever het belangrijk om het persoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking in de wet te bevestigen?

### 2.5.2. *Formeel aspect*

#### 2.5.2.1. Art. 4:42 lid 3 BW

Aanvankelijk kreeg het persoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking een plek in het eerste lid van art. 4.3.1.2 van het Ontwerp Meijers (thans art. 4:42 BW, dat ik hierna in plaats van art. 4.3.1.2. Ontwerp Meijers zal noemen). Dit lid definieerde de uiterste wilsbeschikking als een *hoogstpersoonlijke* eenzijdige rechtshandeling.<sup>76</sup> De minister wilde hiermee de algemeen erkende regel dat een wettelijke vertegenwoordiger of een gevolmachtigde nimmer rechtsgeldig ten name van de vertegenwoordigde een uiterste wilsbeschikking kan maken, codificeren. Deze codificatie werd nodig geacht omdat titel 3.3 BW ervan uitgaat dat in beginsel alle vermogensrechtelijke rechtshandelingen via een vertegenwoordiger kunnen worden verricht.<sup>77</sup> Met een uitdrukkelijke bepaling van het persoonlijke karakter van de uiterste wil in de wet stond zodoende buiten kijf dat ten aanzien van het maken van uiterste wilsbeschikkingen een vertegenwoordigingsverbod geldt.

Volgens de Commissie Erfrecht was het ook zonder deze codificatie duidelijk dat vertegenwoordiging bij het maken van een uiterste wilsbeschikking niet is toegestaan. Toentertijd had namelijk nooit iemand dit in twijfel getrokken.<sup>78</sup> In haar Rapport gaf de Commissie Erfrecht bovendien kritiek op de plaatsing van het hoogstpersoonlijke in het eerste lid van art. 4:42 BW. Door het hoogstpersoonlijke in de definitie van de uiterste wilsbeschikking op te nemen, wordt tot kenmerk verklaard hetgeen een gevolg van de uiterste wilsbeschikking is. De codificatie van het gewenste vertegenwoordigingsverbod bij het maken van uiterste wilsbeschikkingen komt zo niet tot haar recht. Door het inschakelen van een vertegenwoordiger kan erflater immers ervoor zorgen dat zijn eenzijdige rechtshandeling met werking na overlijden toch geen uiterste wilsbeschikking is, omdat hieraan het hoogstpersoonlijk karakter ontbreekt. Op deze manier kunnen de voor de uiterste wilsbeschikking geldende vormvoorschriften gemakkelijk worden omzeild. Wanneer echter het hoogstpersoonlijke als gevolg aan de uiterste wilsbeschikking wordt verbonden, dient iedere rechtshandeling die onder de definitie van de uiterste wilsbeschikking valt door erflater persoonlijk te worden verricht. Vertegenwoordiging bij het maken van de uiterste wilsbeschikking wordt zo metterdaad

76. *Kamerstukken II 1962/63, 3771, 7, p. 5 (GO), Parl. Gesch. Vast. p. 220.*

77. *Kamerstukken II 1962/63, 3771, 6, p. 20 (MvA), Parl. Gesch. Vast. p. 216. Zie ook Kamerstukken II 1964/65, 3771, 9, p. 53 (NvW), Parl. Gesch. Vast. p. 222.*

78. *Rapport Commissie Erfrecht II, p. 23. Jansen 2000 trekt dit vertegenwoordigingsverbod wel in twijfel. Zo ook F. Schols 2009a, p. 161 e.v. Zie over de uiterste wilsbeschikking als hoogstpersoonlijke rechtshandeling voorts Van Amersfoort 2014.*



uitgesloten. Het zou dan ook doelmatiger zijn om het hoogstpersoonlijke niet in het eerste lid van art. 4:42 BW, ofwel in de definitie, neer te leggen.<sup>79</sup>

De kritiek van de Commissie Erfrecht was niet aan dovemans oren gericht. In de Nota van Wijziging is het gewijzigd wetsontwerp nader aangepast door het hoogstpersoonlijk karakter, uitgedrukt in het eerste lid van art. 4:42 BW, met de woorden 'slechts door erflater persoonlijk', een plek te geven in het derde lid. De minister benadrukt in de toelichting op deze Nota van Wijziging dat het vertegenwoordigingsverbod bij het maken van de uiterste wilsbeschikking, door deze uitvoerige omschrijving in het derde lid, duidelijker wordt weergegeven. Bijgevolg is het woord 'hoogstpersoonlijk' in het eerste lid geschrapt.<sup>80</sup>

De beweegreden om het persoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking in de wet te bevestigen is, aldus de minister, gelegen in het feit dat normaliter alle vermogensrechtelijke rechtshandelingen via een vertegenwoordiger kunnen worden verricht. Zo is het in beginsel ook bij de schenking: de overeenkomst waarmee de uiterste wilsbeschikking, zoals we in paragraaf 2.4 (het intermezzo) zagen, verwantschap toont.

#### 2.5.2.2. Ter vergelijking: schenking

##### A) *Geen vertegenwoordigingsverbod, behoudens...*

Het oude schenkingsrecht noch het huidige schenkingsrecht verbiedt schenken met behulp van vertegenwoordiging. Een gevolmachtigde of een wettelijk vertegenwoordiger kan in beginsel namens de schenker en/of de begiftigde optreden. Alleen voor de schenking ter zake des doods is dit anders. De schenker dient deze persoonlijk aan te gaan (art. 7:177 BW). Op de schenking ter zake des doods kom ik dadelijk terug.

Met de mogelijkheid tot vertegenwoordiging bij *schenkers* vrijgevigheid contrasteert de onmogelijkheid tot vertegenwoordiging bij *erflaters* vrijgevigheid. Het maken van een uiterste wilsbeschikking dient immers, zo bepaalt art. 4:42 lid 3 BW, door de erflater persoonlijk te geschieden. Beweegreden voor deze bepaling is, zoals hiervoor reeds weergegeven, het feit dat normaliter alle vermogensrechtelijke rechtshandelingen via een vertegenwoordiger kunnen worden verricht.<sup>81</sup> Voor het testen was dit kennelijk ongewenst. Maar de *achterliggende gedachte* hiervan lijkt in de parlementaire geschiedenis van art. 4:42 lid 3 BW verborgen te zijn gebleven. Wat maakt vrijgevigheid door middel van beschikken bij uiterste wil, voor wat het vertegenwoordigingsvraagstuk betreft, anders dan vrijgevigheid door middel van schenking? Het gevoel bekruipt mij dat de wetgever hecht aan een onderscheid tussen de vermogensrechtelijke rechtshandelingen die werken tijdens leven en de vermogensrechtelijke rechtshandelingen die werken na de dood. Dit gevoel wordt versterkt bij het lezen van de nota naar aanleiding van het eindverslag behorend bij

79. *Rapport Commissie Erfrecht II*, p. 22-23.

80. *Kamerstukken II 1964/65, 3771, 9, p. 47 en p. 53 (NvW en toel.), Parl. Gesch. Vast. p. 222. Zie ook Kamerstukken II 1964/65, 3771, 13, p. 12 (NGO), Parl. Gesch. Vast. p. 223.*

81. Anders de niet-vermogensrechtelijke rechtshandelingen, zoals de erkenning en de adoptie van het kind en het doen van een verzoek tot echtscheiding, alwaar vertegenwoordiging niet mogelijk is.

art. 4.3.2.1 van het Ontwerp Meijers (hierna aangeduid als art. 4:55 BW), inzake de testeerbevoegdheid van een wegens geestelijke stoornis (thans een wegens 'zijn lichamelijke of geestelijke toestand')<sup>82</sup> onder curatele gestelde persoon. Hierin is te lezen:

'Hier is de vraag aan de orde [De commissie heeft een reactie gevraagd op de opmerkingen van I. Jansen in FJR 1992, blz. 73–74 betreffende het tweede lid van artikel 4:55 BW, waarin Jansen testeerbevoegdheid voor de curator of bewindvoerder oppert, toev. NB] of het zelfbeschikkingsrecht dat mede aan de testeervrijheid ten grondslag ligt, zich ermee verdraagt dat beslissingen over de bestemming van de goederen van een rechthebbende worden genomen door een ander dan de rechthebbende zelf. Voor beschikkingen die tijdens het leven van de rechthebbende effect sorteren wordt in ons recht aanvaard dat deze door een curator of bewindvoerder kunnen worden genomen, zo nodig met machtiging van de kantonrechter; men zie de artikelen 386 lid 1, 345 en 441 van Boek 1. Hierdoor zijn ook schenkingen door de betrokkene mogelijk. *Ten aanzien van erfrechtelijke rechtshandelingen geldt dat deze ontegenzeggelijk nauw verbonden zijn met de persoon van de rechthebbende zelf en dat het maken van een testament een persoonlijke aangelegenheid is.* Toch is het bijvoorbeeld in Engeland, anders dan in veel andere landen, wel mogelijk dat namens een wilsonbekwame een uiterste wilsbeschikking wordt gemaakt.

Mij is bekend dat de onderhavige materie thans in het kader van de Raad van Europa wordt bestudeerd door een commissie van deskundigen op het gebied van de juridische positie van wilsonbekwamen. Ik geef er de voorkeur aan om de conclusies en aanbevelingen van deze groep af te wachten. (curs. NB).<sup>83</sup>

Ook F. Schols<sup>84</sup> heeft, in het kader van het in vraag stellen van het hoogstpersoonlijk karakter van testen, deze passage uit de parlementaire geschiedenis aangehaald. Hij merkt op dat de minister, na de conclusies en aanbevelingen van de commissie van deskundigen, de draad niet meer heeft opgepakt. Terwijl deze commissie toch niet onwelwillend tegen erfrechtelijke vertegenwoordiging lijkt aan te kijken. In Principle 19 van Recommendation No. R (99) 4<sup>85</sup> wordt namelijk aan de nationale wetgeving overgelaten om te bepalen welke juridische handelingen van dusdanige persoonlijke aard zijn dat zij niet door een vertegenwoordiger kunnen worden verricht. De Memorie van toelichting<sup>86</sup> noemt als algemeen erkende voorbeelden van dergelijke hoogstpersoonlijke rechtshandelingen onder meer het sluiten van een huwelijk en de erkenning en de adoptie van een kind. Daarnaast zijn er handelingen waarover het laatste woord nog niet is gesproken:

82. Stb. 2013, 414, p. 15.

83. *Kamerstukken II* 1996/97, 17141, 20, p. 7 (Nota II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1790. Met in voetnoot 1 de verwijzing naar: 'Mental Health Act 1983, s 96, 1, e. Een wilsonbekwame kan onder toezicht van de Court of Protection worden geplaatst. Functionarissen van deze instelling kunnen ten behoeve van de wilsonbekwame onder meer uiterste wilsbeschikkingen treffen. De functionarissen behoeven daarvoor wel toestemming van een rechter.'

84. F. Schols 2009a, p. 165–167.

85. Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers on Member States on principles concerning the legal protection of incapable adults (Adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999 at the 660<sup>th</sup> meeting of the Ministers' Deputies).

86. Explanatory Memorandum to Recommendation Rec(1999)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults (Adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999, at the 660<sup>th</sup> meeting of the Ministers' Deputies), nr. 66.

'For example, there are arguments both ways [vertegenwoordiging verbieden of vertegenwoordiging toestaan, toev. NB] on such questions as making, varying or revoking a will on behalf of the incapable adult, the making of donations, or the bringing or defending of divorce proceedings.'<sup>87</sup>

Testeren en schenken zijn dus beide kwesties die niet per definitie als hoogstpersoonlijke rechtshandelingen door het leven gaan. Aan de nationale wetgeving wordt deze kwalificatie overgelaten. De Nederlandse wetgever heeft zijn keuze gemaakt: testen is hoogstpersoonlijk, schenken (behoudens art. 7:177 BW) niet. Is dit omwille van het gegeven dat het bij testen niet louter om *vermogensrechtelijke*, doch ook om familie-rechtelijke, rechtshandelingen gaat, of is dit omwille van het onderscheid tussen leven en dood? Ik kan enkel het vermoeden uitspreken dat een combinatie van beide aan het onderscheid ten grondslag ligt.

Veel familierechtelijke (en dus niet-vermogensrechtelijke) rechtshandelingen met werking tijdens leven zijn hoogstpersoonlijk (bijvoorbeeld de adoptie van het kind en het doen van een verzoek tot echtscheiding). Toch kan ook hier van vertegenwoordiging sprake zijn (zie bijvoorbeeld art. 1:66 BW: 'Het staat Onze Minister van Justitie vrij, uit hoofde van gewichtige redenen aan partijen te vergunnen het huwelijk door een bijzondere bij authentieke akte gevolmachtigde te voltrekken.')

Het vermoeden dat ook het onderscheid tussen leven en dood een rol speelt, wordt gesterkt door art. 7:177 BW dat voor de geldigheid van een schenking ter zake des doods die niet reeds tijdens leven is uitgevoerd een persoonlijk bezoek aan de notaris voorschrijft en daarmee aansluiting zoekt bij art. 4:42 lid 3 BW.<sup>88</sup>

## B) ...de schenking ter zake des doods, art. 7:177 BW

### B.1) Algemeen

De schenking ter zake des doods is zeer nauw verwant aan het legaat.<sup>89</sup> In art. 7:177 lid 1 BW wordt deze schenking, die de strekking heeft dat zij pas na het overlijden van de schenker zal worden uitgevoerd en niet reeds tijdens het leven van de schenker is uitgevoerd, toegelaten, mits de schenking door de schenker persoonlijk is aangegaan

87. Explanatory Memorandum to Recommendation Rec(1999)4 on principles concerning the legal protection of incapable adults (Adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999, at the 660th meeting of the Ministers' Deputies), nr. 66.

88. Puur gelet op de vermogensrechtelijke beschikkingen die in een uiterste wil kunnen worden neergelegd, zou dit onderscheid tussen leven en dood enigszins vreemd aan kunnen doen. De werking na overlijden leidt immers juist ertoe dat de 'vrijgevige' zelf geen enkel vermogensrechtelijk nadeel van zijn handeling ondervindt. Terwijl dit in beginsel wel het geval is bij de vrijgevigheid die werkt *tijdens het leven*. De vraag zou kunnen worden gesteld waarom deze laatste niet hoeft te worden beschermd met een vertegenwoordigingsverbod en de eerste wel. Wellicht zou als reden hiervoor het gevaar kunnen worden genoemd van een te lichvaardig handelen, wanneer de gevolgen van het handelen juist niet worden gevoeld. Vgl. ook de strekking van art. 4:4 lid 1 BW. Over art. 4:4 lid 1 BW ook F. Schols 2005, p. 37 e.v.

89. Zie ook Bende 2013. Zie voor de gelijkenis tussen schenking en legaat voorts paragraaf 2.4.

en van de schenking een notariële akte is opgemaakt.<sup>90</sup> Hierbij dient het bepaalde in art. 4:4 lid 2 BW overigens wel voor ogen te worden gehouden. Om geldig te zijn, mag de schenkingsovereenkomst niet strekken tot beschikking over nalatenschappen in hun geheel of over een evenredig deel daarvan. Gaat het om het schenken van bepaalde goederen uit een nalatenschap met werking na overlijden, dan stuit zij, indien aan de zojuist genoemde vereisten wordt voldaan, in beginsel niet op problemen.

Voorzover de schenking betrekking heeft op kleren, lijfstoebehoren, bepaalde lijfsieraden, bepaalde tot de inboedel behorende zaken en bepaalde boeken geldt het vormvoorschrift van een notariële akte niet. In dat geval kan worden volstaan met een door de schenker geheel met de hand geschreven, gedagtekende en ondertekende (en dus geheel persoonlijke) onderhandse akte.

De gelijkenis met art. 4:42 lid 3, 4:94 en 4:97 BW die gelden voor de uiterste wilsbeschikking springt in het oog.<sup>91</sup> En zij wordt nog treffender door het bepaalde in het tweede lid van art. 7:177 BW waarin de mogelijkheid om de *herroeping* van de schenking te bedingen naar voren komt.<sup>92</sup>

Het is, bekeken vanuit het besef dat de wetgever het testen als hoogstpersoonlijk aanmerkt, niet onbegrijpelijk dat voor de *schenking ter zake des doods* aansluiting is gezocht bij de regels die gelden voor de uiterste wilsbeschikking. Met de schenking ter zake des doods kan aan een begiftigde namelijk een positie in de nalatenschap worden toegekend die, zonder nadere regelingen, sterker zou zijn dan die van een legataris en waarvoor volgens de hoofdregel van de schenking bovendien geen vormvereisten zouden gelden, terwijl zij de schenker tijdens leven geen vermogensrechtelijke hoofdbreken geeft.<sup>93</sup> Schenkingen die wezenlijk zo veel weg hebben van uiterste wilsbeschikkingen dienen voorzover zij tot scheve verhoudingen aanzetten, dan ook, ter

90. Het betreft 'schenkingsovereenkomsten die een tot na schenkers dood *opschortende termijn* bevatten, evenals die onder de *opschortende voorwaarde* dat de begiftigde de schenker overleeft (curs. NB)', zie *Toelichting Wiersma*, p. 898 (ook te kennen uit Van Straaten 2005, p. 29). Zie over de schenking ter zake des doods uitgebreider Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 317 e.v.; Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 648-655; F. Schols 2011, p. 50 e.v.; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 279 en zeer recent Bende 2013.

91. Aanvankelijk rekende het derde lid van art. 4.3.1.2. [art. 4:42 BW] van het Ontwerp Meijers de schenkingen ter zake des doods die tijdens het leven van de schenker vrijelijk konden worden herroepen tot de uiterste wilsbeschikking. Na de conclusie van Van der Ploeg 1960 en de bijval hiervan door de Commissie in haar *Rapport Commissie Erfrecht I*, p. 14 wordt dit lid door de minister uit art. 4.3.1.2. [art. 4:42 BW] Ontwerp Meijers geschrapt. *Kamerstukken II* 1962/63, 3771, 6, p. 24 (MvA II), *Parl. Gesch. Vast.* p. 219. Het zou een omweg zijn de schenking ter zake des doods als uiterste wilsbeschikking aan te merken en hieraan vervolgens geldigheid te onthouden door haar te onderwerpen aan een vormvoorschrift waaraan niet kan worden voldaan, namelijk het vormvereiste dat de beschikking is neergelegd in een eenzijdig opgemaakt stuk (art. 4:93 BW), aldus de Commissie in haar Rapport.

92. Vgl. art. 7A:1703 oud BW: '1) Schenking is eene overeenkomst, waarbij de schenker, bij zijn leven, om niet en onherroepelijk eenig goed afstaat ten behoeve van den begiftigde die hetzelfde aanneemt; 2) De wet erkent geene andere schenkingen dan schenkingen onder de levenden.'

93. En niet alleen de legataris, maar ook de erfgenamen, de reguliere schuldeisers, de somgerechtigden en de legitimarissen zouden nadeel ondervinden indien de schenker de begiftigde de positie van schuldeiser in de nalatenschap verschaft, zonder dat hij dit tijdens leven in zijn vermogen heeft gevoeld. Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 649.

voorkoming hiervan, aan de hiervoor relevante erfrechtelijke bepalingen te worden blootgesteld.<sup>94</sup> Het gaat dan niet alleen om de vormvoorschriften die voor de uiterste wilsbeschikking gelden, maar ook om de erfrechtelijke regels die zien op de rangorde tussen de verschillende soorten schuldeisers van de nalatenschap.<sup>95</sup> Zo wordt de schenking ter zake des doods door art. 4:126 lid 1 BW, voor wat de inkorting in het kader van de legitieme en de vermindering in het kader van het verhaal op de nalatenschap betreft, aangemerkt als een legaat (quasi-legaat).<sup>96</sup> De bepaling van art. 7:177 lid 1 BW zorgt er op haar beurt voor dat de testamentaire vormvoorschriften, waartoe ik gemakshalve ook het geldigheidsvereiste van het persoonlijk beschikken reken, niet aan de laars kunnen worden gelapt door *te schenken* met strekking om deze pas na het overlijden uit te voeren.

### B.2) De notariële akte

De schenking die de strekking heeft pas na het overlijden van de schenker te worden uitgevoerd en niet reeds tijdens het leven van de schenker is uitgevoerd, dient op straffe van verval in een notariële akte te zijn vastgelegd.<sup>97</sup> Hiervoor is overigens niet één notariële akte vereist. Van het aanbod en de aanvaarding kunnen aparte notariële akten worden opgemaakt. Zolang de *gehele schenking* maar notarieel wordt vastgelegd en mits aan het tweede vereiste van *het persoonlijk aangaan* van de schenking door de schenker gehoor wordt gegeven, behoudt de schenking na het overlijden haar beoogde werking.<sup>98</sup> Art. 7:177 lid 1 tweede zin BW zondert de goederen met geen of een gering vermogensrechtelijk belang ('codicilgoederen') van deze verplichting uit. Hiermee lijkt art. 7:177 BW dus volledig afgestemd op art. 4:42 lid 3 BW jo. 4:94 jo. 4:97 BW. Toch is de wetgever niet geheel consequent geweest met zijn afstemming op deze testamentaire bepalingen. In paragraaf 2.3 zagen we weliswaar dat voor het maken van een uiterste wilsbeschikking in beginsel de notariële tussenkomst wordt verlangd. Dit houdt nochtans in dat een uiterste wil bij notariële akte kan worden gemaakt, *maar óók* bij een aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte. De mogelijkheid om te beschikken bij depot-akte treffen we in art. 7:177 BW echter niet aan. Wat dit betreft gaat art. 7:177 BW dus zijn insteek te boven. Het is weliswaar toegestaan dat een onderhandse schenking ter zake des doods tijdens het leven van de schenker bij notariële akte kan worden *bekrachtigd* (art. 3:58 BW),<sup>99</sup> maar de notariële vorm blijft daarmee, voor de geldigheid na schenkers overlijden, uitgangspunt. De vorm om te

94. *Toelichting Wiersma*, p. 897-898 (zie ook Van Straaten 2005, p. 27-28).

95. Over de rangorde van de nalatenschapsschuldeisers Kolkman 2006, hoofdstuk 3, met name p. 299-334.

96. Zie over de quasi-legaten uitgebreid F. Schols 2005, p. 81-159.

97. Art. 7:177 BW ziet enkel op de 'strekkingsschenking'. Hierover uitgebreid F. Schols 2011, p. 51 e.v.

98. *Kamerstukken II* 2000/01, 17213, 6, p. 2 (Nota). Zie voor de gift ter zake des doods art. 7:186 jo. 7:187 BW: de gift ter zake des doods vervalt niet, doch is vernietigbaar indien niet aan de vereisten van art. 7:177 lid 1 is voldaan.

99. *Kamerstukken I* 2009/10, 31930, F, p. 14. (Nadere memorie van antwoord).

schenken ter zake des doods is zodoende *onnodig* strenger dan de vorm om te beschikken bij uiterste wil.

### B.3) Persoonlijk

Voor wat het geldigheidsvereiste van het *persoonlijk* beschikken betreft, zoekt art. 7:177 BW eveneens aansluiting bij art. 4:42 lid 3 BW. De schenker dient de schenking ter zake des doods die niet reeds tijdens zijn leven is uitgevoerd, persoonlijk te zijn aangegaan op straffe van verval. Persoonlijke aanvaarding door de begiftigde wordt niet verlangd. Een eventuele volmacht tot aanvaarding behoeft voorts niet bij notariële akte te worden verleend.<sup>100</sup> Met het in deze paragraaf en het volgende hoofdstuk centraal staande hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking is het opportuun om, in het kader van de duiding van dit hoogstpersoonlijk karakter (enkel een formele uitleg, of ook een materiële?), het woord 'persoonlijk' van art. 7:177 BW nader te bekijken. Wat heeft de wetgever hiermee bedoeld?

'Net als bij uiterste wilsbeschikkingen (artikel 4.3.1.2 lid 3) is voorgeschreven dat de schenking door de schenker persoonlijk moet zijn gedaan: een schenking bij dode *krachtens algemene of bijzondere volmacht* vervalt derhalve met het overlijden van de schenker (curs. NB).'<sup>101</sup>

In deze passage komt naar voren dat de wetgever aan het woord 'persoonlijk' een formele betekenis toekent. Vertegenwoordiging van de schenker bij volmacht betekent dat de schenking ter zake des doods die niet reeds tijdens het leven van de schenker is uitgevoerd, vervalt met het overlijden van de schenker. Om dit te voorkomen, had de schenker de notaris persoonlijk moeten bezoeken. 'Persoonlijk' ziet dus niet op *de inhoud* van de schenkingsovereenkomst. Hieraan kan bijvoorbeeld ook de begiftigde of zijn gevolmachtigde een nadere invulling geven.

In onderstaande subparagraaf een voorbeeldenreeks om de schenking ter zake des doods (stapsgewijs) nader op te klaren, waarbij met name in voorbeeld 4 naar voren zal komen dat aan 'persoonlijk' in art. 7:177 BW enkel een formele betekenis toekomt.

### C) Voorbeelden

#### Voorbeeld 1:

Uit vrijgevigheid erkent vader *bij notariële akte* aan zijn zoon een geldbedrag van 20.000 euro schuldig. Dit bedrag is niet opeisbaar tijdens het leven van vader. Over het schuldigerkende bedrag is jaarlijks 6% rente verschuldigd.

Vader overlijdt zeven jaar later. Tijdens zijn leven heeft hij het bedrag van 20.000 euro niet aan zijn zoon voldaan. Hij heeft enkel conform de schenkingsovereenkomst elk jaar 6% rente aan zijn zoon betaald. Is hier sprake van een 'art. 7:177 BW- schenking'? De Hoge Raad heeft op 9 december 2011 deze vraag bevestigend beantwoord. Dat

100. Kamerstukken II 2000/01, 17213, 6, p. 3 (Nota).

101. Kamerstukken II 1998/99, 17213, 4, p. 6 (NvW).

de rente tijdens het leven van vader is betaald, doet hieraan niet af.<sup>102</sup> Omdat de schenking door vader persoonlijk en bij notariële akte is aangegaan, vervalt zij op grond van art. 7:177 BW *niet* door het overlijden van vader. Aan de in art. 7:177 BW neergelegde vereisten is immers voldaan.

**Voorbeeld 2:**

Vader erkent bij notariële akte aan zijn zoon uit vrijgevigheid een geldbedrag van 20.000 euro schuldig. Dit bedrag is niet opeisbaar tijdens het leven van vader (gelijk het eerste voorbeeld). Vader weet, met het oog op zijn oudedagsvoorziening, niet zeker of hij aan deze schuldigerkenning uit vrijgevigheid goed doet. Wellicht heeft hij het geld over een poos zelf hard nodig om in zijn financiële behoeften te voorzien. Daarom behoudt vader zich de mogelijkheid voor om de schenking tijdens zijn leven te herroepen (zie paragraaf 2.4.3).<sup>103</sup>

Vader overlijdt zeven jaar later. Tijdens zijn leven heeft hij het bedrag van 20.000 euro niet aan zijn zoon voldaan, noch heeft hij de schenking tijdens zijn leven herroepen. Ook deze schenking zal na vaders overlijden op grond van art. 7:177 BW niet vervallen, omdat vader de schenking zowel persoonlijk als bij notariële akte is aangegaan.

**Voorbeeld 3:**

Met het besef dat niet alleen de schenker de schenking kan herroepen indien hij deze mogelijkheid heeft bedongen, maar dat ook zijn erfgenamen tot herroeping kunnen overgaan indien het beding zulks naar inhoud en strekking inhoudt,<sup>104</sup> verander ik de casus uit voorbeeld 2 als volgt:

102. HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7268, waarin een moeder aan haar dochter *bij onderhandse akten* diverse bedragen uit vrijgevigheid schuldig heeft erkend. De bedragen waren blijkens de akten tijdens het leven van moeder niet opeisbaar. Over de schuldigerkende bedragen was 5% rente per jaar verschuldigd. Een lager bedrag aan rente is reeds tijdens leven door moeder betaald. De Hoge Raad oordeelde dat met het begrip 'uitgevoerd' in art. 7:177 lid 1 BW wordt bedoeld op de (feitelijke) nakoming van de verbintenis die uit de schenkingsovereenkomst voortvloeit. De door moeder bij onderhandse akten schuldig erkende bedragen waren blijkens de akten pas opeisbaar bij haar overlijden. Het Hof heeft hieraan volgens de Hoge Raad kennelijk en terecht de gevolgtrekking verbonden dat de bij de onderhandse akten gedane schenkingen de strekking hadden pas na het leven van moeder te worden uitgevoerd. Hieraan doet niet af dat rente over de schuldig erkende bedragen is bedongen, ook niet indien die rente bij leven van moeder is betaald. Zie in dit kader evenwel ook de annotatie door J.W. Zwemmer (*FED* 2012, 15): 'De vraag is wat rechtens zou zijn geweest als jaarlijks wel de bedongen rente over de onderhands schuldig erkende bedragen zou zijn betaald. Uit de laatste zin van overweging 3.3.2 van de Hoge Raad blijkt dat zulks niet voldoende is. Waarop de Hoge Raad dat oordeel baseert, is niet duidelijk. Duidelijk is immers dat met de in de schenkingsovereenkomst overeengekomen rentebetaling in elk geval wat dat betreft aan de schenkingsovereenkomst uitvoering is gegeven. Volgens de Rechtbank Breda is aan de schenking in elk geval uitvoering gegeven als tijdens leven van de schenker is afgelost (Rechtbank Breda, 20 november 2008, V-N 2009, 13.31). Wel moet dan nog rekening worden gehouden met de toepasselijkheid van art. 10 SW 1956.' Zie over deze uitspraak en de schuldigerkenning uit vrijgevigheid ook Bende 2013. Zie voor het fiscale aspect ook art. 10 lid 3 SW. Om te voorkomen dat de schuldig erkende bedragen krachtens art. 10 lid 3 SW als erfrechtelijke verkrijging worden aangemerkt, dient de schenker aan de begiftigde jaarlijks daadwerkelijk ten minste 6% rente te betalen.

103. Vgl. hiermee de altijd herroepelijke uiterste wilsbeschikking.

104. *Toelichting Wiersma*, p. 901. Zie ook Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 656-657; F. Schols 2011, p. 42 onderaan. Zie voorts paragraaf 2.4.3 'Herroepelijkheid'.

Vader erkent bij notariële akte aan zijn zoon uit vrijgevigheid een geldbedrag van 20.000 euro schuldig. Dit bedrag is niet opeisbaar tijdens het leven van vader. Vader weet, met het oog op zijn oudedagsvoorziening, niet zeker of hij aan deze schuldigerkenning uit vrijgevigheid goed doet. Wellicht heeft hij of zijn vriendin, die hij tot enig erfgenaam heeft benoemd en waarmee hij al ruim dertig jaar samenwoont, het geld over een poos dringend nodig om in financiële behoeften te voorzien. Daarom behoudt vader zich de mogelijkheid voor om de schenking te herroepen. Dit herroepingsbeding houdt naar inhoud of strekking ook in dat na zijn overlijden zijn erfgenamen nog tot herroeping kunnen overgaan.<sup>105</sup> De schenking (zowel het aanbod als de aanvaarding) is bij notariële akte aangegaan en als volgt verwoord:

'Ik erken aan mijn zoon uit vrijgevigheid een geldbedrag van 20.000 euro schuldig. Dit bedrag is niet opeisbaar tijdens mijn leven. Ik behoud de mogelijkheid voor om deze schenking te herroepen wanneer ik of mijn vriendin het geld nodig heb/heeft om dringend in financiële behoeften te voorzien. Deze mogelijkheid tot herroeping ken ik ook aan mijn erfgenamen toe.'

Ofwel, tussen de regels door gelezen:

'Ik schenk ter zake des doods, tenzij ik de schenking niet meer wil (herroep) of *tenzij mijn vriendin* (enig erfgename) *de schenking na mijn overlijden niet wil* (de schenking herroept) vanwege eigen dringende financiële behoeften.'

Vader overlijdt zeven jaar later. Tijdens zijn leven heeft hij het bedrag van 20.000 euro niet aan zijn zoon voldaan, noch heeft hij de schenking tijdens zijn leven herroepen. Ook deze schenking zal na vaders overlijden op grond van art. 7:177 BW niet vervallen, omdat vader de schenking zowel persoonlijk als bij notariële akte is aangegaan. Het herroepingsbeding, dat naar inhoud en strekking insluit dat na vaders dood zijn erfgenamen nog tot herroeping kunnen overgaan, maakt de schenking niet ongeldig.<sup>106</sup> Na het overlijden van vader zou zijn vriendin (tevens erfgenaam), gelet op haar financiële situatie, dan ook gebruik kunnen maken van de mogelijkheid tot herroeping.<sup>107</sup> Zij heeft het hiermee in de hand om de ontbindende voorwaarde, die louter afhankelijk is van haar wil, in vervulling te laten gaan. Een rechtshandeling onder een dergelijke ontbindende voorwaarde is op grond van art. 3:38 lid 1 BW in beginsel toegestaan.<sup>108</sup> Ik zal dit nader toelichten in hoofdstuk 6, waarin ik inga op de toelaatbaarheid van wilsafhankelijke voorwaarden. Bovendien kan een dergelijke voorwaarde, die een herroepingsbevoegdheid van de schenking impliceert, mijns inziens eveneens bij uiterste wil worden verleend aan een persoon die niet tevens erfgenaam is. Dit vanwege het gegeven dat aan iedere rechtshandeling in beginsel voorwaarden kunnen worden verbonden (art. 3:38 lid 1 BW) en het bepaalde in art. 7:177 lid 2 BW dat een herroeping ook bij een uiterste wilsbeschikking (gesloten stelsel) van de

105. *Toelichting Wiersma*, p. 901.

106. *Toelichting Wiersma*, p. 901.

107. *Toelichting Wiersma*, p. 901.

108. Art. 3:38 lid 1 BW bepaalt dat: 'Tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit, kan een rechtshandeling onder een tijdsbepaling of een voorwaarde worden verricht.'



schenker kan geschieden.<sup>109</sup> Op wilsafhankelijke voorwaarden kom ik, zoals gezegd, in hoofdstuk 6 terug.

Mellema-Kranenburg merkt in het kader van een herroeping door de erfgenamen evenwel op dat haars inziens de erfgenamen de schenking niet *onbeperkt* kunnen herroepen, omdat dan sprake kan zijn van een verboden wilsdelegatie. Of de schenking wordt herroepen, mag volgens haar niet van de willekeur van de erfgenamen afhangen.<sup>110</sup> Vergelijk hiermee de woorden van de minister:

'Wat de erflater niet is toegestaan is *zijn beschikking* [uiterste wilsbeschikking, toev. NB] afhankelijk te stellen van de *willekeur* van een ander (curs. NB).'<sup>111</sup>

Het betreft echter thans niet de werking van een uiterste wilsbeschikking, maar de werking van een schenking. Dergelijke woorden, die verbieden dat een schenker zijn schenking afhankelijk maakt van andermans willekeur, zijn in de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de schenking niet uitgesproken. F. Schols is in dit verband dan ook van mening dat 'daar waar er geen beperking geldt voor de schenker op dit vlak, die er ook niet voor zijn erfgenamen is.'<sup>112</sup> Dat de werking van een schenking ter zake des doods afhankelijk kan zijn van *de wil* van een erfgenaam, behoeft, gelet op hetgeen hiervoor is opgemerkt, mijns inziens geen discussie.<sup>113</sup> Of de werking van de schenking ter zake des doods ook afhankelijk kan zijn van de *willekeur* van een erfgenaam, zal ik nader bestuderen in deel 3 van dit onderzoek.

#### Voorbeeld 4:

Tot slot een voorbeeld van een schenking waarin duidelijk naar voren komt dat art. 7:177 lid 1 BW slechts *formaliteiten* in zich bergt.

Vader wil aan zijn zoon, die over een maand zijn studie kunstgeschiedenis zal behalen, een schilderij uit zijn Monet-collectie schenken. Het schilderij is evenwel niet eerder opeisbaar dan bij het overlijden van vader. Ter beloning voor het behalen van de studie wil vader hierbij aan zijn zoon de keuze laten om het schilderij op de dag van het afstuderen uit te zoeken. Hij wil met andere woorden de volgende schenking doen:

'Ik erken uit vrijgevigheid aan mijn zoon schuldig het schilderij uit mijn Monet-collectie dat mijn zoon op de dag van zijn afstuderen zal verkiezen. Het gekozen schilderij is niet opeisbaar tijdens mijn leven.'

109. Zie ook Mellema-Kranenburg 2004a, p. 41: 'Dit [een herroeping van de schenking bij uiterste wilsbeschikking van de schenker (art. 7:177 lid 2 BW), toev. NB] kan bijvoorbeeld betekenen dat in de uiterste wilsbeschikking aan de erfgenamen *de bevoegdheid gegeven wordt de schenking te herroepen* (curs. NB).'

110. Mellema-Kranenburg 2004a, p. 41.

111. *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771.

112. F. Schols 2011, p. 43.

113. Nota bene: het algemene vermogensrecht staat ook niet onwelwillend tegenover de ontbindende voorwaarde die louter afhankelijk is van de wil van de schenker (de zogenoemde ontbindende potestatieve voorwaarde). *Kamerstukken II* 2000/01, 17213, 6, p. 6-7.

Vader gaat persoonlijk naar de notaris en van de schenking (zowel het aanbod als de aanvaarding) wordt een notariële akte opgemaakt. Vader overlijdt een week na dit notarisbezoek, nog voor de zoon is afgestudeerd. De schenking vervalt op grond van art. 7:177 lid 1 BW niet. Aan de vereisten van dit artikel is immers voldaan.

Met betrekking tot de schenking (en met betrekking tot het overeenkomstenrecht in het algemeen) heb ik voorts nooit eerder kennisgenomen van een zogenaamd materieel aspect van het hoogstpersoonlijke, dat verlangt dat een overeenkomst bij het aangaan reeds volledig is ingekleurd. Het bepaalde in art. 6:17 lid 1 BW zou mijns inziens met een dergelijk materieel aspect zelfs in groot contrast staan. Dit artikel bepaalt immers dat een verbintenis alternatief kan zijn, wanneer de schuldenaar verplicht is tot één van twee of meer verschillende prestaties *ter keuze* van hemzelf, van de schuldeiser of van een derde. Bovenstaande clause is naar mijn mening op grond van art. 6:17 lid 1 BW dan ook toegestaan. Het vereiste van persoonlijk schenken ter zake des doods (art. 7:177 lid 1 BW) heeft hiermee, dat wil zeggen met het na schenkers overlijden mede bepalen van hetgeen daadwerkelijk door de begiftigde wordt verkregen, niets van doen. In hoeverre het is toegestaan om een *ander* de inhoud van de overeenkomst mede te laten bepalen, hangt mijns inziens af van het bepaaldheidsvereiste dat ik in paragraaf 2.2.2.4 al kort aanhaalde:

'Het vereiste van een bepaald onderwerp geldt voor *alle* rechtshandelingen, doch behoeft niet uitdrukkelijk in de wet te worden vermeld (curs. NB).'<sup>114</sup>

Op het bepaaldheidsvereiste zal ik in hoofdstuk 4 nader ingaan.

### 2.5.2.3. Ter vergelijking: § 2064 BGB

Het Duitse BGB heeft evenals ons recht de uiterste wilsbeschikking tot een hoogstpersoonlijke rechtshandeling bestempeld. Dit persoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking wordt aldaar tot uitdrukking gebracht in twee afzonderlijke bepalingen: § 2064 BGB en § 2065 BGB.

§ 2064 BGB haal ik ter reflectie aan omdat deze bepaling gelijk is aan art. 4:42 lid 3 BW:

'Der Erblasser kann ein Testament nur persönlich errichten.'<sup>115</sup>

Vertegenwoordiging bij het verrichten/maken van de uiterste wilsbeschikking is niet toegestaan. De erfflater dient zijn uiterste wilsbeschikkingen zelf te redigeren en kan dit niet door een gevolmachtigde of een wettelijk vertegenwoordiger laten doen.<sup>116</sup> Want:

114. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895. Zie ook *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123.

115. § 2064 BGB geldt zowel voor het notarieel testament als voor het onderhands testament. Zie over testamentvormen Brox/Walker 2010, nr. 88. Vgl. § 2274 BGB voor het *Erbvertrag* en § 2347 Abs. 2 S. 1 BGB voor het *Erbverzicht*. Een 'Vertragspartner' die geen uiterste wilsbeschikkingen maakt, kan overigens wel worden vertegenwoordigd. Zie Hausmann/Hohloch 2010, p. 395.

116. Schlüter 2000, nr. 140; Leipold 2006, nr. 277.

'Der Erblasser soll seine Verantwortung nicht auf einen anderen übertragen dürfen; außerdem wäre bei Einschaltung eines Vertreters nicht gewährleistet, dass die konkrete Verfügung von Todes wegen vom wirklichen Willen des Erblassers getragen wird.'<sup>117</sup>

Het bepaalde in § 2064 BGB, te weten het door erflater persoonlijk maken van zijn testament, dient ertoe erflater bewust te maken van de betekenis van zijn testament. Hieraan wordt echter voorbij gegaan indien een vertegenwoordiger erfaters testament kan maken.<sup>118</sup>

§ 2064 BGB brengt, zoals ik reeds eerder opmerkte, het formele aspect van het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking tot uitdrukking (*der formellen Höchstpersönlichkeit*). Dit formele aspect ziet op de *wilsverklaring* van de erflater. Deze verklaring dient de erflater persoonlijk af te leggen. In § 2064 BGB dient geen materieel aspect te worden gelezen. Voor het materiële aspect kent het BGB namelijk een aparte bepaling: § 2065 BGB, dat ik in het volgende hoofdstuk zal toelichten.

### 2.5.3. Tussenconclusie

Het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking zoals dat in de wettekst tot uitdrukking komt, spreekt enkel een formeel aspect uit: 'een uiterste wilsbeschikking kan (...) slechts door de erflater persoonlijk worden gemaakt en herroepen (art. 4:42 lid 3 BW).' Dit houdt in dat vertegenwoordiging bij het maken van de uiterste wilsbeschikking niet is toegestaan. De *wilsverklaring* dient van de erflater *persoonlijk* te zijn. Hiermee wordt echter nog niets gezegd over de toelaatbaarheid van een van andermans wil afhankelijke wilsuiting, zoals een nog niet in detail uitgedachte ofwel een *onvolledige* wilsuiting die na het overlijden van erflater door een derde zal worden gecompleteerd.

Bij de schenking ter zake des doods (art. 7:177 BW), die vanwege haar sterke gelijkenis met het legaat is blootgesteld aan de testamentaire geldigheidsvereisten van art. 4:42 lid 3 BW jo. 4:94 BW, kan enkel een formeel aspect van het hoogstpersoonlijke worden ontwaard. Op straffe van verval dient de schenking ter zake des doods notarieel te worden vastgelegd en door de schenker *persoonlijk te worden aangegaan*. 'Persoonlijk' ziet hier op het 'aangaan van de schenking' en niet op de vraag in hoeverre het mogelijk is om de inhoud van de schenkingsovereenkomst door bijvoorbeeld de begiftigde op een later tijdstip nader in te laten vullen. Voor een antwoord op deze vraag zal te rade moeten worden gegaan bij het bepaaldheidsvereiste. Ik kom hierop terug in hoofdstuk 4, waarin ik bekijk in hoeverre een ander de inhoud van een (schenkings-)overeenkomst nader kan bepalen.

Art. 4:42 lid 3 BW is gelijk aan het Duitse § 2064 BGB (*der formellen Höchstpersönlichkeit*) dat samen met zusterbepaling § 2065 BGB (*der materiellen Höchstpersönlichkeit*) *der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit* vormt. Ligt in art. 4:42 lid 3 BW nu toch ook

117. Leipold 2006, nr. 277. Vgl. ook Schlüter 2000, nr. 140; Frey 1999, p. 17-18 en Brox/Walker 2010, nr. 94-95. Advies en raad zijn wel toegestaan.

118. Zimmermann 1991, p. 35: 'Es ist der Erblasser, der durch die Formvorschriften dazu angehalten werden soll, sich die Bedeutung des Akts bewußt zu machen. Könnte er einen Dritten für sich testieren lassen, würde dieser Formzweck verfehlt.'

een materieel aspect besloten? Ofwel: dient, ondanks dat onze wettekst zich hierover niet uitspreekt, het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking anno 2003 eveneens opgesplitst te worden in een formeel en een materieel aspect? En wat zou dit materiële aspect dan betekenen voor het delegatievraagstuk? In het volgende hoofdstuk (hoofdstuk 3) ga ik op deze vragen nader in.

# Het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke

*Wer sich nicht mehr wundern [und in Ehrfurcht verlieren] kann, ist seelisch bereits tot.*

*(Albert Einstein)*

## 3.1. Inleidend

De doctrine lijkt een materieel aspect van het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking te veronderstellen.<sup>1</sup> Erflater moet zijn uiterste wil niet alleen hoogstpersoonlijk *maken* (het formele aspect), maar moet ook de inhoud, werking en voorwaarden van zijn uiterste wilsbeschikking hoogstpersoonlijk *bepalen* (het materiële aspect). Ofwel:

'Een erflater kan de geldigheid van een making niet van den wil van den erfgenaam of van een derde afhankelijk stellen. Evenmin kan hij een erfgenaam of een legataris door een ander laten aanwijzen. Een testament moet immers den wil *van den erflater* bevatten, niet van een ander persoon, op wien de erfgenaam (*erflater*, correctie NB)<sup>2</sup> zijn testeerbevoegdheid zou willen overdragen.<sup>3</sup>

Zoals we in het vorige hoofdstuk zagen, wordt dit aspect niet uitdrukkelijk door het BW uitgesproken.<sup>4</sup> Dient in art. 4:42 lid 3 BW (toch) een materieel aspect te worden gelezen, dat een delegatieverbod inhoudt? Het is deze gewichtige vraag waarop het antwoord in dit hoofdstuk wordt gezocht. Dat gebeurt in belangrijke mate aan de hand

1. Zie Asser/Meijers 1915, p. 98; Suijling/Dubois 1931, nr. 85, 95 en 144; Broomhaar 1992, nr. 18, 42, 72 en 74-77; Kleijn 2004a, p. 82; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 221; B. Schols 2007a, p. 432 e.v.; Van Mourik 2008, nr. 46 (zie in dit kader ook Van Mourik 2013, nr. 46, waarin hij aangeeft dat de verwijzing naar de 'hoogstpersoonlijke aard' van de uiterste wilsbeschikking in de literatuur met weinig sympathie wordt omringd); F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 116; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 148. Allen betrekken het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking in het delegatievraagstuk.
2. In Asser/Meijers/Van der Ploeg 1956, p. 107 is 'erflater' te lezen.
3. Asser/Meijers 1915, p. 98. Vgl. ook Suijling/Dubois 1931, nr. 85, 95 en 144.
4. Zie paragraaf 2.5 'Hoogstpersoonlijk karakter'. Voor een opsomming van landen waarin het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke in wetteksten is terug te vinden zie Debucquoy 2012, voetnoot 171.

van Duitse literatuur. Zoals reeds in de inleiding en verantwoording van dit onderzoek is gemeld, is in Duitsland het delegatievraagstuk al meerdere malen uitgedokterd.<sup>5</sup>

Evenals in Nederland leeft in Duitsland namelijk een behoefte om de laatste wil aan anderen te delegeren.<sup>6</sup> Niettemin loopt de Duitse erflater tegen het bepaalde in § 2065 BGB (*der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit*) aan:

I. Der Erblasser kann eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, dass ein anderer zu bestimmen hat, ob sie geiten oder nicht geiten soll.

II. Der Erblasser kann die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie die Bestimmung des Gegenstands der Zuwendung nicht einem anderen überlassen.'

§ 2065 I BGB verlangt van de erflater dat hij zelf de *werking* van zijn uiterste wilsbeschikking bepaalt. Het is zodoende niet toegestaan om de werking van een uiterste wilsbeschikking van andermans wil afhankelijk te stellen.

§ 2065 II BGB voegt hieraan toe dat de erflater eveneens eigenhandig over de *inhoud* van zijn uiterste wilsbeschikking dient te beslissen, in die zin dat hij het niet aan een ander kan toevertrouwen om te bepalen wie verkrijgt (het subject van de verkrijging) noch wat wordt verkregen (het object van de verkrijging). In § 2065 II BGB ligt het zogenaamde *Drittbestimmungsverbot* besloten, waardoor de praktijkbehoefte om flexibel te testen door middel van wilsdelegatie ten aanzien van de *inhoud* van uiterste wilsbeschikkingen wordt doorkruist.

Waarom heeft de Duitse wetgever *der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit* in de wet neergelegd? Wat houdt het in? Zijn er uitzonderingen op § 2065 BGB? En wat rechtvaardigt het *Drittbestimmungsverbot*? Een aantal Duitse auteurs stelde in de afgelopen decennia deze vragen met het oog op de praktische behoefte aan wilsdelegatie.<sup>7</sup> De resultaten van hun studies zouden, mede met het besef dat Boek 4 BW sinds 2003 sterk op het Germaanse erfrecht is gericht,<sup>8</sup> bij het antwoord op de vraag of het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking in het Nederlandse erfrecht aan wilsdelegatie in de weg staat, verhelderend kunnen werken.

Ik zal dan ook in onderstaande paragraaf het Duitse § 2065 BGB nader analyseren. Hierbij ga ik onder meer in op de oorsprong en de ontwikkeling van *der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit*.<sup>9</sup> Dit beginsel staat namelijk aan de wieg van het *Drittbestimmungsverbot* en kan inzicht geven over de verhouding tussen het materiële

5. Zie Grossfeld 1968; Sünner 1969; Stiegeler 1985; Sens 1990; Zimmermann 1991; Kossmann 1994; Wagner 1997; Frey 1999; Halding-Hoppenheit 2003.

6. Als klassiek voorbeeld van deze behoefte wordt veelal het *frühzeitigen Unternehmerstestament* genoemd. Hierover uitgebreid Kossmann 1994.

7. Over het *Drittbestimmungsverbot*: Grossfeld 1968; Sünner 1969; Stiegeler 1985; Sens 1990; Zimmermann 1991; Kossmann 1994; Wagner 1997; Frey 1999; Halding-Hoppenheit 2003.

8. B. Schols 2007a, p. 15.

9. Voor deze historische uiteenzetting haak ik overigens aan bij de bevindingen van de onderzoeken van Immel 1965, Zimmermann 1991 en Halding-Hoppenheit 2003. Een eigen studie naar de originele bronnen zal nagenoeg uitblijven, omdat zo'n rechtshistorische beschouwing het bestek van dit onderzoek te buiten gaat. Bovendien zou het onpraktisch zijn om het reeds door de Duitse collega's uitgeplozen onderzoekswerk nog eens dunnetjes over te doen. Zie voor het Belgische recht en testamentaire keuzeverlening het noemenswaardige rechtshistorisch pleidooi van Debuquoy 2012, waarin ook wordt geput uit bronnen van het oude Franse erfrecht.

aspect van het hoogstpersoonlijke en de mogelijkheid van wilsdelegatie ten aanzien van de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking. Ook voor de vraag of wilsdelegatie mogelijk is ten aanzien van de *werking* van de uiterste wilsbeschikking kan inspiratie worden opgedaan bij onze oosterburen, door bestudering van § 2065 I BGB (zie ook paragraaf 6.2).

Voorts besteed ik aandacht aan *Sinn und Zweck* van het *Drittbestimmungsverbot*. Is een dergelijk verbod in de huidige maatschappij te rechtvaardigen?

Tot slot maak ik de vertaalslag naar het BW en stel ik *la question principale*: ligt in het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking, zoals dat tot uitdrukking komt in art. 4:42 lid 3 BW, een materieel aspect besloten dat een delegatieverbod inhoudt?

### 3.2. Voorgeschiedenis § 2065 BGB

#### 3.2.1. Inleidend

Voor een goed begrip van de betekenis van § 2065 BGB en zijn rechtvaardiging is het belangrijk om stil te staan bij de oorsprong en de ontwikkeling van de aan dit artikel ten grondslag liggende *Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit*. § 2065 BGB en het hierin vervatte materieel aspect van het hoogstpersoonlijke verlangt dat erflater zelf de werking en inhoud van zijn uiterste wilsbeschikking bepaalt. Erflaters uiterste wilsbeschikkingen dienen met andere woorden van hem persoonlijk en zelfstandig, dat wil zeggen onafhankelijk van de wil van anderen, te zijn.<sup>10</sup> Was dit altijd al zo?

In onderstaande paragrafen zal ik een *impressie* geven van het wordingsproces van § 2065 BGB, door de belangrijkste bevindingen van Immel, Zimmermann en Halding-Hoppenheit globaal op te tekenen.<sup>11</sup> Omdat het vertalen van deze bevindingen niet steeds recht doet aan het goede begrip daarvan, zal ik de Duitse auteurs bij wijze van citaat hierna ook meermaals zelf aan het woord laten.

#### 3.2.2. Oorsprong van 'der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit'

Voor de oorsprong van *der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit* dienen we terug te gaan naar de Romeinen en wel naar het Romeinse recht 'in der Gestalt, die es

10. Zie Halding-Hoppenheit 2003, p. 1, die spreekt van een 'eigene und selbständige – vom Willen anderer unabhängige – Willensentscheidung.'

11. Zie in dit kader ook mijn opmerking bij noot 9 van dit hoofdstuk. Immel 1965 bestudeert in zijn onderzoek 'Die höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers: zur Problemgeschichte des § 2065 BGB' de geschiedenis van § 2065 BGB. In de rechtspraak met betrekking tot § 2065 II BGB (zie ook subparagraaf 3.3.5 'Erbeinsetzung en rechtspraak') is een trend te bespeuren die in het kader van de toelaatbaarheid van *Drittbestimmung* terrein geeft aan de *Bestimmbarkeitsgrundsatz* (oftewel: het bepaaldheidsvereiste, waarover hoofdstuk 4). Vanuit een historische invalshoek geeft Immel een globaal overzicht over onder meer de vraag naar de verhouding tussen de *Bestimmbarkeitsgrundsatz* en het vereiste dat van erflater een persoonlijk en zelfstandige wil verlangt. Hierbij spitst hij zich enkel toe op de belangrijkste zinnen uit het *corpus iuris civilis* die de discussie omtrent deze verhouding tot aan de 19e eeuw hebben bepaald. Zimmermann 1991, p. 9-22 en Halding-Hoppenheit 2003, p. 5-40 besteden in het kader van de uitleg en rechtvaardiging van § 2065 BGB enkele pagina's aan de geschiedenis van het beginsel van *materielle Höchstpersönlichkeit*.

in den Gesetzgebungskommissionen Justinians erhalten hat'.<sup>12</sup> In het *corpus iuris civil* zijn volgens de hierboven genoemde auteurs de wortels te vinden van 'das Prinzip der höchstpersönlichen Natur der letztwilligen Verfügung'.<sup>13</sup> Toch wordt door hen geconcludeerd dat uit de Romeinse bronnen niet het vereiste van § 2065 BGB, dat van erflater een persoonlijke en zelfstandige wil verlangt, kan worden afgeleid. Zo merkt Zimmermann op:

'Zusammenfassend läßt sich sagen, daß sich den Quellen ein "Grundsatz der Selbständigkeit" des Testaments beziehungsweise der materiellen Höchstpersönlichkeit der Verfügung nicht entnehmen läßt [...] Grundsätzliche Bedenken gegen die freiwillige Abdankung des Erblassers zugunsten der Entscheidung eines Dritten, was die Geltung oder den konkreten Inhalt der Verfügung betrifft, scheinen demgemäß im römischen Recht nicht bestanden zu haben. Beschränkungen ergaben sich lediglich aus dem Formalismus des Testamentsrechts (curs. NB).'<sup>14</sup>

Van oudsher is het testament aan strikte vormvereisten gebonden. Met name in het klassieke Romeinse recht gold voor testamenten een sterk formalisme. Testeren geschiedde toentertijd met inachtneming van de juiste woordformules en rituelen. Enkel indien erflater zijn wil met inachtneming van alle formaliteiten kenbaar maakte, was het testament rechtsgeldig.<sup>15</sup>

12. Immel 1965, p. 3. Waar ik hierna spreek van Romeins recht, bedoel ik het recht in de vorm die het in het tijdperk van Justinianus verkregen heeft.

13. Immel 1965, p. 8.; Zimmermann 1991, p. 8; Halding-Hoppenheit 2003, p. 5.

14. Zimmermann 1991, p. 15. Ook Immel 1965, p. 18 en Halding-Hoppenheit 2003, p. 13-17 trekken deze conclusie.

15. Dit uitwendige formalisme (te onderscheiden van het inwendige formalisme, dat ziet op de regels met betrekking tot de uitleg van testamenten; waar ik hierna spreek van formalisme doel ik op het uitwendige formalisme) werd later evenwel afgezwakt, maar van een volledig vormvrije handeling is tot op de dag van vandaag geen sprake. Het formalisme gold met name voor het mancipatie-testament, waarbij de vorm van de *mancipatio* werd gebruikt. In het Justiniaanse recht gold een minder sterk formalisme dan in het klassieke recht. Zie over het formalisme en testamenten in de Romeinse tijd Kaser/Wubbe 1971, p. 335-336 en over Romeinse testamenten Feenstra 1984, nr. 414 e.v. en Mendels 1987, p. 14 e.v.

Voor de erfstelling (*heredis institutio*) gold het formalisme zeer sterk. De erfstelling was namelijk *caput et fundamentum* van het testament (zie in dit kader evenwel ook Van Oven 1951, p. 18). Ieder testament diende om geldig te zijn een erfstelling te bevatten. Was er met andere woorden geen erfstelling, dan was er geen testament. Zie in dit verband ook Halding-Hoppenheit 2003, p. 5-6: 'Die Erbinsetzung selbst – als notwendiger Inhalt eines Testaments – musste an dessen Anfang stehen und war im römischen Recht stark formalisiert (curs. NB).'

Voor het legaat (*legatum*) golden eveneens vormvoorschriften. Het legaat was een making van bepaalde zaken en rechten, het drukte op de erfenamen en kon enkel in een testament (mèt daarin een erfstelling) worden gemaakt. De vormvoorschriften die voor het legaat golden waren evenwel niet zo strikt als die voor de erfstelling, omdat het legaat niet *caput et fundamentum* van het testament was (zie in dit kader evenwel ook Van Oven 1951, p. 18). Oorspronkelijk bestonden er verschillende typen legaten waarvoor vaste woordvormen golden. Dit voorgeschreven woordgebruik voor legaten werd na verloop van tijd verzacht door een senaatsbesluit van Nero. In dit besluit werd bepaald dat een niet in de voorgeschreven vorm gemaakt legaat niet nietig was, maar werd beschouwd als te zijn gemaakt in een geldige vorm. Dit was doorgaans de vorm van het *damnatiolegaat* (hierover Kaser/Wubbe 1971, p. 363-364 en Feenstra 1984, nr. 423), waarvoor de minst strenge vormvereisten golden. Uiteindelijk schafte Constantijn alle vaste woordvormen voor het legaat af, waardoor het legaat steeds meer ging lijken op het fidei-commis. Zie over het legaat in het Romeinse recht Mendels 1987, p. 108 e.v.; Kaser/Wubbe 1971, p. 362 e.v. en Feenstra 1984, nr. 421 e.v.

Het fidei-commis (*fideicommissum*) was een verzoek van erflater, gericht aan iemand die uit de nalatenschap van erflater een voordeel geniet, om aan een derde (*fideicommissarius*) dit voordeel geheel of gedeeltelijk te doen toekomen. Het fidei-commis was aan geen enkele vorm gebonden. Het



In het formalisme schuilde een beperking om te delegeren. Volgens het *corpus iuris civilis* kon niet op de volgende wijze worden beschikt:

'si Titius voluerit, Sempronius heres esto' oftewel 'indien Titius het wil, is Sempronius erfgenaam.'<sup>16</sup>

Of Sempronius tot erfgenaam wordt ingesteld, is afhankelijk van louter de wil van Titius. Titius' wil wordt evenwel niet met inachtneming van de voor een erfstelling geldende rituelen en woordformules (ofwel de voor een erfstelling geldende formaliteiten) geuit. Aan een dergelijke erfstelling kwam daarom dan ook geen werking toe.<sup>17</sup> Het formalisme verhinderde dus, met andere woorden, dat louter andermans wil kon bepalen of de beschikking al dan niet *werking* had (vgl. het verbod van § 2065 I BGB).

In de Duitse literatuur wordt ten aanzien van deze beschikkingen waarvan de werking afhankelijk is van louter de wil van een derde overigens gesproken van *Wollensbedingungen*. Dit ter onderscheiding van het begrip *Willkürbedingungen*, dat de Duitse collega's hanteren voor beschikkingen waarvan de werking afhankelijk is van een *handeling* van een derde.<sup>18</sup> Bijvoorbeeld een erfstelling onder de voorwaarde 'si Titius in Capitolium ascenderit' oftewel 'als Titius het Capitool beklimt'. *Willkürbedingungen* waren in het Romeinse recht wel toegestaan. Vergelijk met de *Willkürbedingung* onze 'voorwaarde', oftewel een onzekere toekomstige gebeurtenis. En vergelijk met de *Wollensbedingung* onze zogenoemde 'potestatieve voorwaarde', dat niet toestaat dat

was met andere woorden een *vormvrije* beschikking. Degene die met het fidei-commis werd belast (de bezwaarde) kon overigens aanvankelijk niet tot nakoming worden aangesproken. Voor hem gold slechts een *fatsoensplicht* om aan erfslaters verzoek te voldoen. Dit veranderde door keizer Augustus, die ervoor zorgde dat de uitvoering van een fidei-commis wel in rechte afdwingbaar werd (over het fidei-commis Mendels 1879, p. 112 e.v.; Kaser/Wubbe 1971, p. 368 e.v. en Feenstra 1984, nr. 427). Er veranderde meer. Justinianus stelde fidei-commissen namelijk volledig gelijk aan legaten (hierover ook Mendels 1897, p. 114). Deze samensmelting van beide beschikkingen zorgde ervoor dat hetgeen tot het moment van de gelijkschakeling voor het legaat gold, van toepassing werd op het fidei-commis en vice versa. Onder andere betekende dit dat de veel ruimere beginselen van het fidei-commis ook voor legaten golden, aldus Kaser/Wubbe 1971, p. 368 en Immel 1965, p. 16. Zie in dit kader ook Feenstra 1984, nr. 428; Zimmermann 1991, p. 11 en 13 en Halding-Hoppenheit 2003, p. 9. Vanwege de samensmelting van het fidei-commis en het legaat worden beide beschikkingen door Halding-Hoppenheit overigens onder één noemer behandeld, namelijk *Vermächtnis*.

16. Vgl. *D. 28.5,69(68)*.

17. Zimmermann 1991, p. 10-11. Halding-Hoppenheit 2003, p. 15 e.v. haakt in haar conclusie bij deze uiteenzetting van Zimmermann aan. Zie in dit kader ook *D. 28.5.69* waaruit blijkt dat alles draait om de *formulering*: 'quaedam enim in testamentis si exprimantur, effectum nullum habent, quando, si verbis tegantur, eandem significationem habeant quam habereant expressa, et momentum aliquod habebunt.' Vert. door Spruit 1997, p. 301: 'Sommige beschikkingen in testamenten hebben immers geen enkel rechtsgevolg, als zij daarin expliciet worden geformuleerd, terwijl zij, als zij in andere woorden verhuuld worden geformuleerd en dezelfde betekenis hebben als expliciet geformuleerde beschikkingen zouden hebben, wel een zekere geldigheid zullen hebben.'

18. Zie voor dit onderscheid tussen *Willkürbedingungen* en *Wollensbedingungen* Immel 1965, p. 12, die erop wijst dat Leo Raape, 'Die testamentarische Willkürbedingung nach heutigem und römischen Recht', in: *Festschrift für Ernst Zitelmann*, München und Leipzig 1913, p. 5, beide *Bedingungen* aan een diepgaande analyse heeft onderworpen.

een verbinten is zuiver afhankelijk is van de wil van degene die verbonden is.<sup>19</sup> Ik kom op beide voorwaarden terug in hoofdstuk 6.

Overigens werd in het Romeinse recht geen aandacht geschonken aan het feit dat er tussen *Wollens-* en *Willkürbedingungen* een psychologische gelijkheid kan bestaan.<sup>20</sup> Bijvoorbeeld wanneer:

'der Erblasser die handlung des Dritten nur als Bedingung bestimmt, damit dieser dadurch seine Billigung oder Ablehnung der verfügung ausdrückt.'<sup>21</sup>

De voorwaarde die (weliswaar) het handelen van een derde inhoudt (bijvoorbeeld: 'indien Titius het Capitool beklimt'), met als missie om zo te bewerkstelligen dat de derde met dit handelen in feite zijn goedkeuring of afkeuring ten aanzien van de beschikking kan uitdrukken, is in feite een verkapte *Wollensbedingung*.<sup>22</sup> Het Romeinse recht hechtte hier, zoals ik zojuist opmerkte, evenwel geen waarde aan.

Het formalisme bracht nog een andere beperking voor wilsdelegatie mee, die betrekking had op de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking. Deze beperking lag besloten in een vereiste dat kan worden ontleend aan een zinsnede uit *Tituli ex corpore Ulpiani* (22.4) en dat luidt: '*Certum consilium debet esse testantis*', ofwel er dient met een zekere bepaaldheid te worden getesteerd.<sup>23</sup> Het vereiste van *certum consilium*, dat ik hierna zal duiden als het *bepaaldheidsvereiste*,<sup>24</sup> werd gezien als een uitvloeisel van het Romeinse formalisme (de juiste vorm, rituelen en het woordgebruik).<sup>25</sup> Op grond van het bepaaldheidsvereiste gold dat personen die door erfflater niet in voldoende mate waren bepaald (*personae incertae*) niet tot erfgenaam konden worden ingesteld. Erfflater diende bijgevolg de erfgenamen dan ook zelf aan te wijzen en kon dit niet aan

19. Zie over *Willkürbedingungen* en *Wollensbedingungen* in het Romeinse recht Immel 1965, p. 12 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 6-9. Zie over de potestatieve voorwaarde Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 175 e.v.

20. Immel 1965, p. 13 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 8.

21. Halding-Hoppenheit 2003, p. 8.

22. Het is niet eenvoudig om aan te geven wanneer van een dergelijke psychologische gelijkheid tussen *Wollens-* en *Willkürbedingungen* sprake is. Naar mijn mening hangt dit van meerdere factoren af, zoals de omstandigheden waaronder het Capitool beklommen moet worden, en, bijvoorbeeld, ook de fysieke conditie van Titius.

23. Immel 1965, p. 10-11; Zimmermann 1991, p. 9 e.v. Zie in dit kader ook Halding-Hoppenheit 2003, p. 6.

24. Dit vereiste zien we ook in ons huidige recht terug, hierover meer in hoofdstuk 4. Zie over het vereiste van testeren met een zekere bepaaldheid in het Romeinse recht Immel 1965, p. 10 e.v.; Zimmermann 1991, p. 9 e.v. en Halding-Hoppenheit 2003, p. 6. Volgens Zimmermann 1991, p. 10 houdt het vereiste overigens in dat: '(...) zwar nicht unbedingt zugleich mit dem Erbfall der Erbe festzustehen hatte, daß aber im Testament die in Betracht kommenden Erben in ihrer Individualität wenigstens benannt worden sein mußten. Als (testamentarische) Erben können in diesem Sinne nur bestimmte Personen in Betracht kommen. Ob sie Erben werden oder nicht, kann dahinstehen. Der Erblasser muß sie in seinem Testament genannt haben, anderenfalls ist dies ungültig.'

25. Zie Zimmermann 1991, p. 10: 'Das "certum consilium"- Gebot ist damit offenbar Ausfluß des äußeren Formalismus im römischen Testamentsrecht (curs. NB).' Zie voorts Immel 1965, p. 10: 'Zur Form der Erbeinsetzung gehört aber ferner, daß der Testierende die Person des Erben ausdrücklich bezeichnen muß (curs. NB).'

een derde overlaten.<sup>26</sup> Het formalisme, dat voor de erfstelling zeer sterk gold,<sup>27</sup> en het bepaaldheidsvereiste staken hier een stokje voor. En zodoende niet het vereiste van *materielle Höchstpersönlichkeit*, zoals we dat thans in § 2065 BGB terug zien.<sup>28</sup> In het kader van het formalisme en het bepaaldheidsvereiste is het interessant om de conclusie van Halding-Hoppenheit te lezen waarin zij opmerkt dat:

'Den Formalismus als Grundlage ['des Prinzips der materiellen Höchstpersönlichkeit', toev. NB] zu sehen, bietet auch eine Erklärung dafür, dass im Gegensatz zur Erbeinsetzung im Rahmen des Vermächtnisrechts weit reichende Ausnahmen zugelassen wurden. Denn die beiden Formen des Vermächtnisses unterlagen einem weniger strengen Formalismus als die Erbeinsetzung (curs. NB).'<sup>29</sup>

Met de 'weit reichende Ausnahmen' doet Halding-Hoppenheit op de mogelijkheid die het Romeinse recht kende om *personae incertae* als legataris<sup>30</sup> aan te wijzen, voorzover deze personen deel uitmaken van een *afgebakende groep*.<sup>31</sup> Bij het legaat was namelijk sneller sprake van voldoende bepaaldheid, omdat voor het legaat een minder strikt formalisme gold dan voor de erfstelling. Het legaat was immers niet *caput et fundamentum* van het testament.<sup>32</sup>

Uit de onderzoeken van Immel, Zimmermann en Halding-Hoppenheit kan beknopt worden opgemerkt dat *der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit* van origine niet een hoogstpersoonlijke wil van erflater verlangde. Het was zoals Halding-Hoppenheit het opschrijft:

'Vielmehr Ausdruck und Folge des Formalismus im römischen Testamentsrecht.'<sup>33</sup>

26. Immel 1965, p. 10: *Personae incertae* können deshalb einer Regel des klassischen Recht zufolge [namelijk het vereiste van *certum consilium*, toev. NB] *nicht eingesetzt werden* (curs. NB). Zie ook Zimmermann 1991, p. 9 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 6.

27. Zie hiervoor de opmerkingen in noot 15 van dit onderzoek.

28. Immel 1965, p. 18; Zimmermann 1991, p. 15 en Halding-Hoppenheit 2003, p. 13.

29. Halding-Hoppenheit 2003, p. 16.

30. Deze mogelijkheid vloeit voort uit D. 34,5,7(8),1 dat handelt over fidei-commissen. Vanwege de gelijkstelling van de legaten en fidei-commissen door Justinianus kan evenwel worden aangenomen dat deze mogelijkheid ook gold voor legaten (Immel 1965, p.16; Zimmermann 1991, p. 12 e.v.). Zie ook Debucquoy 2012, nr. 12, die zelfs opmerkt dat wordt aangenomen dat deze uitzondering van keuzeverlening uit een door erflater afgebakende kring van personen ook voor de aanwijzing van de *erfgenamen* bestond. Halding-Hoppenheit 2013, p. 9 e.v. behandelt fidei-commissen en legaten vanwege hun gelijkstelling door Justinianus onder de noemer *Vermächtnis*. Ik zal hierna in plaats daarvan de term 'legaat' hanteren en bijgevolg niet spreken van *Vermächtnisnehmer*, maar van legataris.

31. Halding-Hoppenheit 2003, p. 10 spreekt van de mogelijkheid om 'dem beschwerten Erben die Auswahl des Vermächtnisnehmers aus einem bestimmten Personenkreis zu überlassen (curs. NB)'. Of ook een derde deze keuze kan krijgen wordt uit het onderzoek van Halding-Hoppenheit 2003, evenals uit de onderzoeken van Immel 1965 (zie p. 11) en Zimmermann 1991, niet expliciet duidelijk. Zie over de mogelijkheid om een derde iets te laten bepalen ten aanzien van het *voorwerp van de verkrijging* (ofwel het object van de verkrijging) de korte opmerkingen hierover van Immel 1965, p. 11; Zimmermann 1991, p. 14 en Halding-Hoppenheit 2003, p. 10, die erop neer komen dat het voorwerp van de verkrijging kan worden overgelaten aan *het oordeel* van een derde, enkel indien de legataris vaststaat.

32. Zie noot 15 van dit hoofdstuk. Zie voorts Immel 1965, p. 16; Zimmermann 1991, p. 13 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 10.

33. Halding-Hoppenheit 2003, p. 15.

Het formalisme en het bepaaldheidsvereiste golden in het Romeinse recht als doorslaggevende criteria voor de geldigheid van een testament. Dat de erfgenamen enkel door de erflater zelf (oftewel *hoogstpersoonlijk*) konden worden *bepaald*,<sup>34</sup> was een bijkomstig gevolg dat het formalisme en het bepaaldheidsvereiste meebrachten. Het was geen opzichzelf staand criterium om rechtsgeldig te testen. Met andere woorden: de *materiële Höchstpersönlichkeit* zoals die thans in § 2065 BGB is neergelegd, werd door de Romeinen niet als geldigheidsvereiste om te testen beschouwd.<sup>35</sup> De slotconclusie kan dan ook luiden:

'dass das römische Recht im Ergebnis vom Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit ausging und damit als dessen Wurzel bezeichnet werden kann. Allerdings lag für das römische Recht der eigentliche Grund in dessen *Formalismus und im Bestimmtheitserfordernis*, weshalb man vom Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit im Sinne der Forderung nach einem eigenen, selbstständigen Erblasserwillen noch nicht sprechen kann (curs. NB).'<sup>36</sup>

Het waren het formalisme en het bepaaldheidsvereiste tezamen die delegatie-achtige wilsbeschikkingen dwarsboomden. Zo gold (door het bepaaldheidsvereiste) ten aanzien van, bijvoorbeeld, het *bepalen van de erfgenamen* dat erflater dit *zelf* (oftewel *hoogstpersoonlijk*) moest doen.<sup>37</sup>

In het formalisme en het bepaaldheidsvereiste schuilt de oorsprong van *der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit*. Dit beginsel hield toentertijd evenwel niet in dat de werking van erflaters wilsbeschikkingen onafhankelijk (vgl. § 2065 I BGB) en, ten aanzien van de wezenlijke inhoud van de uiterste wilsbeschikking, volledig van hem zelf (vgl. § 2065 II BGB) dienen te zijn. Hoe is dit dan toch zo gekomen?

### 3.2.3. *Grepen uit de ontwikkeling van 'der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit'*

Uit de studies van Immel, Zimmermann en Halding-Hoppenheit wordt duidelijk dat de *materiële Höchstpersönlichkeit* van § 2065 BGB geen vanzelfsprekendheid is, maar het resultaat van interpretaties op interpretaties van het Romeinse recht door de eeuwen heen. Aan § 2065 BGB gaat met andere woorden een lang en wispelturig wordingsproces vooraf, waarvan ik een globale indruk zal geven in de hierna volgende subparagrafen.<sup>38</sup>

34. Zie in dit kader ook Debucquoy 2012, nr. 12, die erop wijst dat aangenomen wordt dat de mogelijkheid van de verlening van keuzebevoegdheid *binnen een kring van personen* van wie het aantal beperkt of de soort bepaald was, ook voor de erfstelling bestond.

35. Immel 1965, p. 8-18; Zimmermann 1991, p. 9-15 en Halding-Hoppenheit 2003, p. 5-17.

36. Halding-Hoppenheit 2003, p. 17. Zie ook de conclusie van Immel 1965, p. 18 en Zimmermann 1991, p. 15.

37. Zie ook mijn opmerking in noot 34 van dit hoofdstuk.

38. Zie uitgebreid Immel 1965, Kapitel 2: 'Der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung in der Lehre der Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten'; Kapitel 3: 'Die Lehre von der materiellen Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung seit der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland'; Kapitel 4: 'Das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung in der Rechtsliteratur des 19. Jahrhunderts.' Immel geeft een uitgebreide historische schets van de ontwikkeling van het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke in Duitsland gedurende de perioden van de herontdekking van het *corpus iuris civilis* tot aan de ontwerpen van het BGB. Zie voorts Zimmermann 1991, p. 16 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 17 e.v.

3.2.3.1. Middeleeuwse 13<sup>e</sup> en 14<sup>e</sup> eeuw

Rond de middeleeuwse 13<sup>e</sup> en 14<sup>e</sup> eeuw gold voor het testament nog geen vereiste dat van erfflater een hoogstpersoonlijke wil verlangde.<sup>39</sup> Maar toch kon er in deze periode niet volop worden gedelegeerd, omdat:

'Die mittelalterlichen Rechtslehrer in Italien bezeichnen in ihren Schriften letztwillige Verfügungen, die zu ihrer Vollständigkeit und Endgültigkeit noch der Mitwirkung eines Dritten bedürfen, fast durchweg als 'captatoriae'. Captatorisch ist *nach römischen Recht* eine letztwillige Verfügung, die den Bedachten begünstigt, damit dieser seinerseits den Testator bedenke, während es noch ungewiß ist, ob dieser zu einer solchen Verfügung geneigt sein werde (curs. NB).'<sup>40</sup>

Voor de beoordeling van de geldigheid van uiterste wilsbeschikkingen werd het accent in feite gelegd op het gevaar van de door een Romeins senaatbesluit verboden captatie van erfenissen,<sup>41</sup> in plaats van op erflaters (hoogstpersoonlijke) wil. Naar Romeins recht was captatie het instellen van iemand tot erfgenaam onder de voorwaarde door deze persoon ook zelf als erfgenaam te worden ingesteld. Deze manier van 'jacht maken op erfenissen' werd niet toegestaan.<sup>42</sup> De middeleeuwse juristen volgden de Romeinen hierin, maar gaven evenwel aan het begrip captatie een ruimere uitleg:

'Die mittelalterliche Rechtswissenschaft hat den Begriff der captatorischen Verfügung nicht nur in dieser begrenzten Bedeutung [de betekenis die het in het Romeinse recht had, toev. NB] verstanden, sondern ihn von Anfang an für alle *letztwilligen Verfügungen* verwendet, bei denen der Wille eines Dritten eine Rolle spielen sollte (curs. NB).'<sup>43</sup>

Beschikkingen waarvan de werking louter afhankelijk was van de wil van een derde (de zgn. *Wollensbedingungen*), waren dan ook niet toegestaan. Beschikkingen waarvan de werking afhankelijk was van een handeling van een derde (de zgn. *Willkürbedingungen*) genoten daarentegen toch wel werking. Het Romeinse recht werd hierin gevolgd.<sup>44</sup> Bij de Middeleeuwse juristen kon echter wel al een loskoppeling van het formalisme worden bespeurd:

'Bei dem Bemühen, einen sachlichen Unterschied als Begründung dafür zu finden, weshalb die Wollensbedingung die Verfügung unwirksam macht, die Willkürbedingung dagegen nicht, beginnt der Gedanke, daß beide Bedingungen materiell das gleiche bedeuten können, in den Hintergrund zu treten (curs. NB).'<sup>45</sup>

39. Over deze middeleeuwse periode Immel 1965, p. 19 e.v.; Zimmermann 1991, p. 17-18; Halding-Hoppenheit 2003, p. 17 e.v.

40. Immel 1965, p. 19.

41. *Dikke van Dale* 2005 omschrijft captatie als 'een listige wijze om iemand een testament te laten maken waardoor men zelf bevoordeeld wordt, ten nadele van anderen.'

42. Immel 1965, p. 19 voetnoot 2 geeft aan dat *captatorius* de betekenis heeft van 'kòdernd' dat wil zeggen 'strikken of lokken met aas'.

43. Immel 1965, p. 20. Zie ook Halding-Hoppenheit 2003, p. 18: 'Die mittelalterliche Rechtswissenschaft aber dehnte den Begriff der captatorischen Verfügung auf alle letztwilligen Verfügungen aus, welche die Ergänzung durch den Willen eines Dritten notwendig machten.'

44. Zie over *Wollens-* en *Willkürbedingungen* in de 13<sup>e</sup> en 14<sup>e</sup> eeuw Immel 1965, p. 50 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 20-21.

45. Immel 1965, p. 53.

Er werd gezocht naar een *materieel* onderscheid tussen beide *Bedingungen*. Dit onderscheid werd gevonden in het gegeven dat een *Willkürbedingung* een *onzekere toekomstige gebeurtenis* inhoudt, die de derde onafhankelijk van haar uitwerking op de uiterste wilsbeschikking kan verrichten. Een *Willkürbedingung* maakte erflaters wil anders gezegd niet afhankelijk van andermans wil. Erflaters wil werd in het geval van een *Willkürbedingung* dan ook als zelfstandig beschouwd.<sup>46</sup>

Voor de toelaatbaarheid van beschikkingen waarbij de wil van een derde de *inhoud* mede bepaalt, was het in beginsel niet toegestaan om dit aan een ander over te laten. Een dergelijke beschikking was immers *captatorisch*. Na verloop van tijd werd deze opvatting evenwel gematigd:<sup>47</sup>

'Sowohl die Kommentatoren als auch die Kanonisten hielten es für zulässig, die Bestimmung des Erben einem Dritten dann zu überlassen, wenn der Erblasser dabei den Personenkreis der potenziell Bedachten hinreichend bestimmt bezeichnete (curs. NB).<sup>48</sup>

En:

'Hinsichtlich des Vermächtnisses galten die gleichen Grundsätze wie für die Erbeinsetzung, so dass die Auswahl des Vermächtnisnehmers aus einem bestimmten Personenkreis durch einen Dritten ebenso zulässig war, wie die Willkürbedingung (curs. NB).<sup>49</sup>

Het bepaaldheidsvereiste was dus het beslissende criterium en dit vereiste kon soepel worden opgevat. In de bovenstaande citaten komt immers naar voren dat het mogelijk was om de erfgena(a)m(en) resp. legataris(sen) te laten aanwijzen door een ander, voorzover de erflater de groep waaruit de keuze kon worden gemaakt had afgebakend. In de 13<sup>e</sup> en 14<sup>e</sup> eeuw werd van erflater dus nog geen hoogstpersoonlijke wil verlangd.<sup>50</sup>

Toch kreeg de *materielle Höchstpersönlichkeit* in de zin van het huidige § 2065 BGB in deze periode een aanzet. Immel verwijst hiervoor met name naar de opvattingen van de Italiaanse jurist Baldus die, in de lijn van de scholastiek, op een hoogstpersoonlijk wil van erflater aanstuurde die 'unvertauschbar, unersetzbar und unübertragbar' is.<sup>51</sup> Ondanks deze visie stond Baldus het overigens toch toe dat ten aanzien van de inhoud van het testament een derde de erfgenamen uit een afgebakende groep van personen kon aanwijzen, omdat de erfgenamen in dit geval door de erflater in voldoende mate zijn bepaald.<sup>52</sup>

Samenvattend kan worden opgemerkt dat in de 13<sup>e</sup> en 14<sup>e</sup> eeuw van de *materielle Höchstpersönlichkeit* in de zin van § 2065 BGB nog geen sprake was. Ondanks dat de eerste aanzet naar een hoogstpersoonlijke wil weliswaar kon worden geproefd, was dit

46. Immel 1965, p. 53 en 56; Halding-Hoppenheit 2003, p. 20-21.

47. Immel 1965, p. 24.

48. Halding-Hoppenheit 2003, p. 19.

49. Halding-Hoppenheit 2003, p. 21.

50. Immel 1965, p. 23 e.v.; Zimmermann 1991, p. 17 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 19 e.v.

51. Immel 1965, p. 30; Halding-Hoppenheit 2003, p. 20.

52. Halding-Hoppenheit 2003, p. 20.

destijds geen vereiste voor erflater om rechtsgeldig te kunnen testen. Er werd immers niet gefocust op erflaters wil, maar op de zogenoemde *captatorische Verfügung*. Wilsbeschikkingen waarbij louter de wil van een derde een rol speelde, waren in beginsel ongeoorloofd. Niettemin werd het toegestaan om een derde de erfgenamen resp. legatarissen uit een door erflater afgebakende groep van personen aan te laten wijzen, omdat erflaters wil in dit geval in voldoende mate was bepaald. Evenals bij de Romeinen bleef het bepaaldheidsvereiste voor de vraag in hoeverre een derde de inhoud van het testament kon bepalen dus van belang.

### 3.2.3.2. Receptie van het Romeinse recht in Duitsland omstreeks de 16<sup>e</sup> eeuw

In de Duitse rechtsliteratuur werd door het humanisme omstreeks de tweede helft van de 16<sup>e</sup> eeuw het accent op erflaters wil gelegd (in plaats van op de in beginsel ontoelaatbare *captatorische Verfügung* en daarmee in feite op andermans wil).<sup>53</sup> Om rechtsgeldig te kunnen testen diende erflater een onafhankelijke en eigen wil te uiten. Voor het eerst werd de *materielle Höchstpersönlichkeit* een *geldigheidsvereiste* van de uiterste wilsbeschikking.<sup>54</sup>

Erflater mocht de werking van zijn wilsbeschikkingen niet afhankelijk stellen van louter andermans wil (de *Wollensbedingungen* waren niet toegestaan), omdat er dan sprake was van een onzelfstandige wil van erflater. *Willkürbedingungen*, ofwel voorwaarden die met zich brachten dat de werking van erflaters uiterste wilsbeschikking afhankelijk was van een handeling waarvan het in de macht van een derde lag of deze zal plaatsvinden (vgl. 'indien Titius het Capitool beklimt'), waren daarentegen wel toegestaan. Beslissend voor dit onderscheid tussen ontoelaatbare *Wollensbedingungen* en toelaatbare *Willkürbedingungen* was dat bij de *Willkürbedingung*:

'die Bedingung mit Vornahme der Handlung *unabhängig* davon eintrete, ob der Dritte dies wille oder nicht. Da der Dritte die Bedingung auch in Unkenntnis ihrer Bedeutung für die Wirksamkeit der Erbeinsetzung erfüllen könne, erscheine das Verhalten des Dritten wie jede andere Bedingung als *ungewisses zukünftiges Ereignis*. Der Erblasserwille sei daher *selbständig*.'<sup>55</sup>

Net als bij de middeleeuwse juristen werd een *Willkürbedingung* dus aangemerkt als een onzekere toekomstige gebeurtenis en daarom werd erflaters wil als zelfstandig, onafhankelijk van andermans wil, beschouwd.<sup>56</sup>

De *materielle Höchstpersönlichkeit* als *geldigheidsvereiste* van de uiterste wilsbeschikking bracht voorts mee dat de erflater de erfgenamen en/of legatarissen zelf, ofwel hoogstpersoonlijk, moest aanwijzen. Het laten aanwijzen van de erfgenamen of legatarissen door een derde uit een door erflater afgebakende groep van personen zou, bij een consequente toepassing van het *geldigheidsvereiste* van de *materielle Höchstpersönlichkeit*, dan ook niet meer mogelijk zijn. Maar de Duitse juristen waren

53. Over 'Die Lehre von der materiellen Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung seit der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland' uitgebreid Immel 1965, Kapitel 3, p. 77 e.v.

54. Immel 1965, p. 77 e.v.; Zimmermann 1991, p. 18-19; Halding-Hoppenheit 2003, p. 25 e.v.

55. Halding-Hoppenheit 2003, p. 28.

56. Immel 1965, p. 87 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 27-28.

hierin niet consequent. Zij lieten namelijk, in navolging van de middeleeuwse zienswijze, toe dat de erfgenamen en/of legatarissen uit een afgebakende groep van personen door een derde konden worden aangewezen. Kortom: ondanks dat er werd uitgegaan van een *materiële Höchstpersönlichkeit* die een onafhankelijke en eigen wil van erflater verlangde, was *Drittbestimmung* toch mogelijk voorzover de erflater de groep van potentiële verkrijgers waaruit de derde zijn keuze kon maken in voldoende mate bepaalde. Het bepaaldheidsvereiste had zijn betekenis voor het delegatievraagstuk dus niet verloren.<sup>57</sup>

### 3.2.3.3. Het Duitse rechtsgevoel in de 19<sup>e</sup> eeuw

Het opkomende liberalisme stelde in de 19<sup>e</sup> eeuw de vrijheid van het individu voorop en benadrukte daarmee ook de testeervrijheid. In hoofdstuk 1 kwam reeds naar voren dat de testeervrijheid onder andere wordt ingekleurd door de vrijheid om de inhoud, werking en voorwaarden van een uiterste wilsbeschikking *naar eigen inzicht* te bepalen (de testeervrijheid in materiële zin, zie paragraaf 1.2.2.1). Vanuit dit gezichtspunt bekeken, verrast het dan ook niet dat het beginsel van de *materiële Höchstpersönlichkeit* in de 19<sup>e</sup> eeuw, waarin de vrijheid van het individu hoogtij viert, aanzienlijk is versoepeld. Voor het eerst werden zin en doel van Romeinse teksten ter discussie gesteld en werd met een kritische blik naar oude rechtsbronnen gekeken.<sup>58</sup> Een eigen visie ten aanzien van de toelaatbaarheid van wilsdelegatie kon worden gevormd. Aanvankelijk resulteerde dit overigens in een delegatieverbod. De heersende leer vond het namelijk 'ongezond' dat erflater van zijn testeerbevoegdheid afstand kon doen ten gunste van een derde en verlangde daarom een onafhankelijke en eigen wil.<sup>59</sup> De *materiële Höchstpersönlichkeit* was met andere woorden geldigheidsvereiste om te kunnen testen.<sup>60</sup> Beschikkingen waarvan de werking afhankelijk was van louter andermans wil (*Wollensbedingungen*) waren op grond van dit vereiste dan ook ontoelaatbaar. Beschikkingen waarvan de werking afhankelijk was van een handeling van een derde (*Willkürbedingungen*) waren daarentegen, in lijn met de eerdere perioden, wel toegestaan.<sup>61</sup> Het delegatieverbod werd evenwel voor wat de *Drittbestimmung* (inhoudelijke delegatie) betreft aanzienlijk afgezwakt, omdat er uitzonderingen op werden toegestaan. De praktische behoefte om te kunnen delegeren was kennelijk sterker dan de leer. Zo was het mogelijk om, net zoals tijdens de middeleeuwen en receptie, de erfgenamen resp. legatarissen uit een door erflater afgebakende groep van personen door een derde te laten aanwijzen. Het bepaaldheidsvereiste

57. Immel 1965, p. 77 e.v.; Zimmermann 1991, p. 18-19; Halding-Hoppenheit 2003, p. 25 e.v.

58. Met deze kritische blik was eerder niet gekeken omdat, in de woorden van Halding-Hoppenheit 2003, p. 25, 'die mittelalterliche Rechtslehre das corpus iuris civilis und das corpus iuris canonici als Autoritäten mit einem unangreifbaren Wahrheitsgehalt begreift. Niemand unternahm den Versuch, die im corpus iuris civilis und im corpus iuris canonici wiedergegebenen Ergebnisse und Lehren zu kritisieren oder gar infrage zu stellen und eine eigene Ansicht herauszuarbeiten.'

59. Vgl. hiermee paragraaf 1.2.2.2 'Intermezzo: een delegatieverbod omwille van de testeervrijheid'.

60. Halding-Hoppenheit 2003, p. 32. Zie ook Halding-Hoppenheit 2003, p. 32-33 voor de minderheidsopvatting die aansluiting zocht bij het canonieke recht evenals het Germaanse gewoonterecht en op grond daarvan wel ruimte bood voor erflater om 'die Sorge für den Nachlass einem Dritten zu übertragen.'

61. Over *Wollens- en Willkürbedingungen* in de 19<sup>e</sup> eeuw Immel 1965, p. 107 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 34-35 en p. 36-37.



speelde dus ook in de 19<sup>e</sup> eeuw weer een rol. Eveneens was het toegestaan om het bepalen van de erfgenen resp. legatarissen of het voorwerp van de verkrijging over te laten aan *das Ermessen*, het goeddunken, van een derde. Enkel een aanwijzing op grond van *willekeur* (daargelaten wat dit precies inhield) was onaanvaardbaar.<sup>62</sup> De conclusie kan dan ook luiden dat het beginsel van de *materielle Höchstpersönlichkeit* in de 19<sup>e</sup> eeuw in feite niet in de weg stond aan een inhoudelijke wilsdelegatie. De scheidslijn voor de toelaatbaarheid van *Drittbestimmung* werd gegeven door *willekeur* en wederom door het bepaaldheidsvereiste.

In de jaren zeventig van de 19<sup>e</sup> eeuw werd een begin gemaakt met de ontwerpen voor het BGB. Zetten de ontwerpers de gevaren koers van de voorafgaande jaren voort of sloegen zij een ander pad in? De onderstaande bevindingen ontleen ik wederom aan de onderzoeken van Immel, Zimmermann en Halding-Hoppenheit.<sup>63</sup> Voor het goede begrip van hun studies zal ik, evenals hiervoor, Immel, Zimmermann en Halding-Hoppenheit bij wijze van citaat meerdere malen zelf aan het woord laten.

### 3.2.4. Ontwerpen BGB

#### 3.2.4.1. Eerste ontwerp

In het eerste ontwerp heeft men ervoor gekozen om van het beginsel van de *materielle Höchstpersönlichkeit* uit te gaan en principeel van erflater een onafhankelijke en volledig geuite wil te verlangen.<sup>64</sup> Het werd dan ook niet toegestaan om de werking van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van andermans wil. *Wollensbedingungen* waren anders gezegd ontoelaatbaar (§ 1765 E I).<sup>65</sup> De keuze om uiterste wilsbeschikkingen onder dergelijke *Bedingungen* te sanctioneren, hing samen met het uitgangspunt van § 1911, 1941 E I (het formele aspect van het hoogstpersoonlijke) dat bepaalde dat vertegenwoordiging ten aanzien van de uiterste wilsbeschikking niet is toegestaan.<sup>66</sup> En werd beargumenteerd met het gegeven dat een dergelijke bepaling een noodzakelijke aanvulling vormt op de *formelle Höchstpersönlichkeit*:

62. 'Der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit kam damit letztendlich nur in den Fällen zum Tragen, in denen die den Erblasserwillen ergänzende oder bestätigende Entscheidung des Dritten freie Willkür darstellte (curs. NB), aldus Halding-Hoppenheit 2003, p. 38. Het willekeurcriterium lijkt dus de scheidslijn te zijn. Vgl. *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 221; B. Schols 2007a, p. 433; Van Mourik 2008, nr. 46 en Van Mourik 2013, nr. 46; F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 117; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 148. Zie voor het Duitse rechtsgevoel in de 19<sup>e</sup> eeuw uitgebreider Immel 1965, p. 101 e.v.; Zimmermann 1991, p. 19-20; Halding-Hoppenheit 2003, p. 31 e.v.

63. Zie ook mijn opmerking in noot 9 van dit hoofdstuk: 'Een eigen studie naar de originele bronnen zal nagenoeg uitblijven, omdat zo'n rechtshistorische beschouwing het bestek van dit onderzoek te buiten gaat. Bovendien zou het onpraktisch zijn om het reeds door de Duitse collega's uitgeplozen onderzoekswerk nog eens dunnetjes over te doen.'

64. Immel 1965, p. 117; Zimmermann 1991, p. 20; Halding-Hoppenheit 2003, p. 40.

65. Immel 1965, p. 120; Zimmermann 1991, p. 20-21; Halding-Hoppenheit 2003, p. 44-45. § 1765 E I bepaalde dat: 'Besteht die Bedingung, welche einer letztwilligen Verfügung beigelegt ist, in dem bloßen Willen des Beschwerten oder eines Dritten, so ist die letztwillige Verfügung nichtig.'

66. Immel 1965, p. 120 spreekt over 'der Grundsatz, daß eine Stellvertretung des Erblassers im Willen und in der Erklärung ausgeschlossen ist.'

'In den Motiven [Mot. V S. 30] ist dies damit begründet, es liege in dieser Heranziehung des fremden Willens doch immer *eine Art der Übertragung der Testamentserrichtung* (curs. NB).'<sup>67</sup>

*Willkürbedingungen*, ofwel voorwaarden die bewerkstelligen dat de werking van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk is van het handelen van een derde, werden daarentegen in lijn met de voorgaande perioden (zie 3.2.2 en 3.2.3) wel toegelaten.<sup>68</sup>

In het kader van wilsafhankelijke voorwaarden is in het eerste ontwerp, zo geeft Immel aan, niet expliciet ingegaan op 'das billige Ermessen des Dritten oder Beschwerten als Bedingung' ofwel op een uiterste wilsbeschikking die afhankelijk is gemaakt van andermans *redelijk oordeel*:

'Das billige Ermessen des Dritten oder Beschwerten *als Bedingung* hat der Entwurf nicht behandelt. Ein Umkehrschluß auf die Zulässigkeit einer derartigen Bedingung wäre zwar möglich. Damit steht aber § 1770 E I in gewissem Widerspruch, der absichtlich *so allgemein gefaßt* worden war, daß zweifelsfrei sowohl das bloße Wollen als auch das vernünftige Ermessen von der Vorschrift erfaßt wurden (curs. NB).'<sup>69</sup>

§ 1770 E I bepaalde dat:

'1. In einer letztwilligen Verfügung kann von dem Erblasser die Bestimmung der Person, welche eine Zuwendung erhalten soll [oftewel, het subject van de verkrijging, toev. NB], *nicht dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen werden.*'

2. Sind von dem Erblasser mehrere Personen bezeichnet, unter welchen die Wahl getroffen werden soll, so finden die Vorschriften des § 1769 entsprechende Anwendung (curs. NB).'

Immel geeft in het zojuist aangehaalde citaat aan dat uit de algemene bewoordingen van § 1770 E I, dat in feite betrekking had op de wezenlijke *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking, ondubbelzinnig naar voren komt dat zowel een van andermans wil, als een van andermans *redelijk oordeel* afhankelijk gemaakte uiterste wilsbeschikking niet mogelijk was. Ik begrijp uit zijn citaat dat dit ook het geval was indien het de *werking* van de uiterste wilsbeschikking betrof.

§ 1770 in samenhang met § 1777 E I vormde een delegatieverbod ten aanzien van de *wezenlijke inhoud* van een uiterste wilsbeschikking (vgl. het huidige *Drittbestimmungsverbot* van § 2065 II BGB). § 1770 I E I verbood dat erflater een uiterste wilsbeschikking maakte waarbij hij het aan (de wil of het redelijk oordeel van) de bezwaarde of een derde overliet om het subject van de verkrijging ('der Person, welche eine Zuwendung

67. Immel 1965, p. 120. Zie ook Zimmermann 1991, p. 21; Halding-Hoppenheit 2003, p. 45.

68. Immel 1965, p. 121, die hiervoor drie redenen geeft: 'Bei der Wollensbedingung hänge es, so argumentierte man, allein von dem Willen des Dritten ab, ob die Verfügung Geltung erlangen solle oder nicht, während die Situation bei der Potestativbedingung [dit is een andere term voor *Willkürbedingung*, toev. NB] anders sei, weil hier auch andere Gründe eine Rolle spielen könnten als gerade der, dem Bedachten eine Gunst zu erweisen. Das ist die herkömmliche gemeinrechtliche Lehre. Der zweite Grund war die Schwierigkeit, eine Grenzlinie zwischen solchen Bedingungen zu ziehen, deren Eintritt allein vom Willen des Dritten abhängt, und denjenigen, bei denen dies nicht der Fall ist. [...] Es waren also die Ansichten von Savigny und Brinz, von denen sich der Entwurf leiten ließ. Daraus ergibt sich, daß der Entwurf auch einem unselbständigen Willen des Testierenden die rechtliche Anerkennung nicht versagen wollte.' Zie ook Halding-Hoppenheit 2003, p. 45.

69. Immel 1995, p. 121.

erhalten soll') te bepalen. § 1777 I E I bepaalde hetzelfde voor het object van de verkrijging ('die Zuwendung'):

'1. In einer letztwilligen Verfügung kann von dem Erblasser die Bestimmung des Gegenstandes einer Zuwendung [het object van de verkrijging, toev. NB] nicht einem Anderen überlassen werden.'

De reden hiervoor hing, gelijk de keuze om wilsafhankelijke voorwaarden niet toe te staan (§ 1765 E I), eveneens samen met het formele aspect van het hoogstpersoonlijke dat vertegenwoordiging bij het maken van de uiterste wilsbeschikking niet toestond:

'Die letztwillige Verfügung ist daher in formeller Hinsicht höchstpersönlicher Natur. Den Einwand, der Testator treffe auch dann selbst eine Verfügung, wenn Seine Anordnungen in bezug auf die Person des Bedachten und den Gegenstand der Zuwendung von einem Dritten ergänzt werden müßten; diese Unterscheidungen zwischen dem, Disponiren und dem Ergänzen des Disponirten' lehtnten die Motive ab und begründeten dies damit, *daß hierin auch eine Art der Übertragung der Testamentserrichtung liege* (curs. NB).'<sup>70</sup>

Bovendien werd, als tweede argument, genoemd de *Unvollständigkeit* van een dergelijke beschikking, die door een ander nader kan worden ingevuld. Tot slot werd er gewezen op een misbruikrisico van degene aan wie erflater de bevoegdheid verleent. Deze zou bijvoorbeeld zichzelf als begunstigde kunnen aanwijzen, zo was de gedachte.<sup>71</sup>

Zoals ik hiervoor reeds opmerkte, viel onder dit verbod van § 1770 jo. § 1777 E I ook *das Ermessen*, ofwel het redelijk oordeel, van een ander.<sup>72</sup> Dit werd beargumenteerd met het gegeven dat ook in dergelijke gevallen, waarin het redelijk oordeel van een ander bepaalt wie verkrijgt of wat verkregen wordt, sprake is van een onvolledige uiterste wilsbeschikking. Het ontwerp is in de toepassing van het *Drittbestimmungsverbot* zodoende consequenter dan bijvoorbeeld het Romeinse recht.<sup>73</sup> Niettemin kon in het eerste ontwerp van het BGB toch ook een indirecte beperking op het *Drittbestimmungsverbot* worden bespeurd.<sup>74</sup> § 1770 II E I bepaalde namelijk dat:

'Sind von dem Erblasser mehrere Personen bezeichnet, unter welchen die Wahl getroffen werden soll, so finden die Vorschriften des § 1769 entsprechende Anwendung (curs. NB).'

Indien erflater meerdere personen aanwijst waarvan er één gekozen dient te worden, zijn de voorschriften van § 1769 E I van toepassing. Wat schreef § 1769 E I dan voor?

70. Immel 1965, p. 117.

71. Immel 1965, p. 118; Zimmermann 1991, p. 21; Halding-Hoppenheit 2003, p. 41, waarbij Halding-Hoppenheit erop wijst (zo ook Sens 1990, p. 52) dat de mogelijkheid voor erflater om degene aan wie hij de bevoegdheid verleent als begunstigde uit te sluiten, niet bij de argumentatie wordt genoemd. Haars inziens zal dit argument dan ook niet zwaar hebben gewogen.

72. Immel 1965, p. 118; Zimmermann 1991, p. 21; Halding-Hoppenheit 2003, p. 42.

73. Immel 1965, p. 118: 'Mit dieser Entscheidung hat sich der Entwurf von den römischen Quellen und der daran anknüpfenden gemeinrechtlichen Lehre frei gemacht und konsequent den unvollständigen erblasserwillen auch bei solchen letztwilligen Verfügungen abgelehnt, die durch Fremdermes- sen ergänzt werden sollten.'

74. Immel 1965, p. 118-119; Halding-Hoppenheit 2003, p. 42-44.

'Abs. I: Sind in einer letztwilligen Verfügung mehrere Personen in der Weise als Erben eingesetzt, dass nur die eine oder die andere dieser Personen Erbe sein soll, so gelten die mehreren Personen als zu Miterben eingesetzt.

Abs. II: Sind in einer letztwilligen Verfügung mehrere Personen in der Weise mit einem Vermächtnis bedacht, dass nur die eine oder die andere dieser Personen das Vermächtnis erhalten soll, so gelten die mehreren Personen als Gesamtgläubiger. Die Person, welche das Vermächtnis erhält, ist im Zweifel zur Theilung nicht verpflichtet (curs. NB).'

§ 1770 Satz 2 E I jo. § 1769 E I leidde dus tot 'eine Umdeutung der Auswahlanordnung des Erblassers in eine Erbeinsetzung aller zur Wahl Gestellten als Miterben.'<sup>75</sup> Ofwel indien de erflater meerdere personen aanwijst waarvan maar één erfgenaam dient te zijn, dan zorgden § 1770 Satz 2 E I jo. § 1769 E I ervoor dat alle genoemde personen mede-erfgenamen zijn.<sup>76</sup> Halding-Hoppenheit merkt hierbij op dat dit eigenlijk niet de intentie van erflater zal zijn. Deze wil immers juist met zijn keuzeverlening bewerkstelligen dat de door de derde aangewezen persoon (alleen) de erfgenaam zal zijn. § 1770 Satz 2 E I jo. § 1769 E I vormden voor de erfstelling dan ook geen echte uitzondering op het *Drittbestimmungsverbot*.<sup>77</sup> Anders is dit bij de legaten waarvoor de zojuist genoemde artikelen bepalen dat de door de erflater aangewezen personen hoofdelijk schuldeiser worden. Degene die het legaat ontvangt, is evenwel niet tot deling verplicht. Volgens Halding-Hoppenheit zou er in dit geval, indien het ontwerp wet geworden was, wel sprake zijn van een echte uitzondering.<sup>78</sup>

Omdat het eerste ontwerp van het BGB in het algemeen nog veel kritiek ontving,<sup>79</sup> werd een tweede commissie ingesteld om te werken aan een nieuw ontwerp, waardoor ook opnieuw gekeken werd naar de erfrechtelijke regels. Hoe werd met de *materielle Höchstpersönlichkeit* omgegaan in dit tweede ontwerp?

#### 3.2.4.2. Tweede ontwerp

In het tweede ontwerp van het BGB zette zich eveneens de gedachte voort dat de erflater zowel in formele als materiële zin hoogstpersoonlijk zijn laatste wil dient te uiten.<sup>80</sup>

Beschikkingen die afhankelijk zijn gemaakt van louter andermans wil, de *Wollensbedingungen*, werden in § 1938 I E II (het latere § 2065 I BGB) als *ongeldig* aangemerkt. Met als reden dat:

75. Halding-Hoppenheit 2003, p. 43. Zie hierover ook Immel 1965, p. 118-119; Zimmermann 1991, p. 21-22.

76. 'Einerseits konnte durch eine derartige Umdeutung dem Willen des Erblassers eher Rechnung getragen werden als durch Ungültigkeit der Verfügung, andererseits war damit die unerwünschte Beteiligung eines Dritten bei der Auswahl des Bedachten ausgeschaltet', aldus Zimmermann 1991, p. 22. Zie ook Immel 1965, p. 119; Halding-Hoppenheit 2003, p. 43.

77. Halding-Hoppenheit 2003, p. 43.

78. Halding-Hoppenheit 2003, p. 43-44.

79. Sagel-Grande 2004, p. 40. Het eerste ontwerp leunde te veel op de pandectenwetenschap en hield minder rekening met de moderne economische en sociale problemen.

80. Immel 1991, p. 122-127; Halding-Hoppenheit 2003, p. 45-51.

'es gehe zu weit, wenn dem Erblasser gestattet würde, das Schicksal seines Vermögens von dem Willen eines anderen abhängig zu machen. *Die Testierfreiheit würde insoweit überspannt*. Das Erbrecht beruhe auf der Familie und dieser müsse das Vermögen möglichst erhalten bleiben. Die Testierfreiheit sei nur zugelassen, um besonderen Verhältnissen des Einzelfalles Rechnung tragen zu können (curs. NB).<sup>81</sup>

En:

'es sei zum Schutze der gesetzlichen Erben erforderlich, dass der Erblasser seinen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden letzten Willen selber bildet. Sofern der Erblasser sich nicht entscheiden könne, müsse er eben den Dingen ihren natürlichen Lauf lassen und die Intestaterbfolge akzeptieren. Er könne aber nicht die Verfügung einem anderen überlassen (curs. NB).<sup>82</sup>

Zowel de testeervrijheid (vgl. paragraaf 1.2.2.2 'Intermezzo: 'een delegatieverbod omwille van de testeervrijheid?') als de bescherming van de versterferfgenamen (vgl. paragraaf 1.3.4.2 onder A 'Schutz der gesetzlichen Erben also Schutz der Familie') werden zodoende als argumenten genoemd om *Wollensbedingungen* niet toe te staan. Op deze argumenten ga ik nog nader in, in paragraaf 3.4.

In lijn met het eerste ontwerp waren de zogenoemde *Willkürbedingungen* wel toegestaan. Niettemin werden *Willkürbedingungen* die door de erflater waren opgenomen met enkel de bedoeling om een derde in feite over de werking van de uiterste wilsbeschikking te laten beslissen, gelijkgesteld met *Wollensbedingungen*. Deze waren zodoende ontoelaatbaar.<sup>83</sup> Ook de *Ermessensbedingungen* werden als ongeldig beschouwd. Met als reden dat:

'es sich ohne Angabe der Grundlagen, nach denen das vernünftige Ermessen auf Billigkeit und Vernünftigkeit nachgeprüft werden könne, in Wahrheit doch stets um das bloße Wollen handle (curs. NB).<sup>84</sup>

Men vond dat er, zonder de vermelding van hoe het redelijk oordeel kon worden gecontroleerd, in wezen toch sprake was van de loutere wil van een ander. Immel merkt voorts nog op dat:

'Die Frage, ob das vernünftige Ermessen ausdrücklich erwähnt werden müsse, blieb der Prüfung der Redaktionskommission überlassen. Diese verneinte die Frage und faßte die Vorschrift so, wie sie heute als § 2065 Abs. 1 BGB erscheint.<sup>85</sup>

Ook het huidige § 2065 I BGB staat een uiterste wilsbeschikking waarvan de werking afhankelijk is gemaakt van andermans redelijk oordeel zodoende niet toe. Op § 2065 I BGB ga ik hierna, in paragraaf 3.3.2 nader in.

81. Halding-Hoppenheit 2003, p. 50-51.

82. Halding-Hoppenheit 2003, p. 51. Zie ook Immel 1965, p. 126.

83. Immel 1965, p. 127; Halding-Hoppenheit 2003, p. 51.

84. Immel 1965, p. 126. Zie ook Halding-Hoppenheit 2003, p. 51.

85. Immel 1965, p. 126.

Voor wat de uiterste wilsbeschikkingen betreft waarvan de *wezenlijke inhoud* door erflater nog niet volledig was bepaald, week het tweede ontwerp niet af van de regeling van § 1770 I en § 1777 I E I. Deze beide artikelen werden enkel tot één artikel samengevoegd, te weten § 1938 II E II (het huidige § 2065 II BGB).<sup>86</sup>

'II. Der Erblasser kann die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie die Bestimmung des Gegenstands der Zuwendung nicht einem anderen überlassen.'

Een heet hangijzer om aan te pakken was evenwel het bepaalde in § 1770 II E I jo. § 1769 E I. In hoeverre was het toegestaan om een derde de erfgenamen of legatarissen uit een door erflater bepaalde groep van personen te laten aanwijzen? Deze vraag werd voor de erfstelling anders beantwoord dan voor het legaat.<sup>87</sup>

Voor de erfstelling werd van erflater een volledig hoogstpersoonlijke wil verlangd, in die zin dat het niet mogelijk was om de erfgenamen uit een afgebakende groep van personen door een derde te laten aanwijzen. De reden hiervoor lag evenwel niet zozeer in de gedachte dat een dergelijk *Drittbestimmungsverbot* een noodzakelijke aanvulling vormt op het formele aspect van het hoogstpersoonlijke (vgl. het huidige § 2064 BGB).<sup>88</sup> Men beargumenteerde het verbod eerder vanuit de gedachte dat er dan in feite sprake was van een erfstelling *onder de voorwaarde* dat een derde het wil (*Wollensbedingung*). Een dergelijke erfstelling met keuzeverlening voor een ander uit een afgebakende groep kwam anders gezegd in strijd met het bepaalde in § 1765 E I (en later § 1938 I E II resp. § 2065 I BGB).<sup>89</sup> Voorts vond men dat er voor een dergelijke erfstelling geen praktische behoefte bestond:

'Der Erblasser, welcher mit seinem Willen noch nicht ganz schlüssig sei und sich deßhalb bei der Auswahl des von ihm zu Bedenkenden der Hülfe eines Dritten bedienen wolle, solle eine Vermächtnispanordnung oder eine Auflage machen.'<sup>90</sup>

De gedachte was dus dat de erflater die nog niet weet aan wie hij wat wil nalaten en daarom de hulp van een derde wenst in te roepen, dit steeds kon doen door het maken van een legaat (*Vermächtnispanordnung*) of last (*Auflage*).<sup>91</sup> Ten aanzien van deze beschikkingen gold het *Drittbestimmungsverbot* namelijk niet onverkort. Voor het legaat was namelijk de soepele opvatting van het bepaaldheidsvereiste beslissend (en dus niet het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke dat een volledig eigen wilsbeschikking verlangde).<sup>92</sup> In § 2022 E II werd namelijk de *uitzondering* om een derde te laten bepalen wie van de verscheidene door erflater genoemde personen het legaat zal genieten, uitdrukkelijk toegestaan. Dit omwille van een praktische behoefte

86. Immel 1965, p. 122; Halding-Hoppenheit 2003, p. 46.

87. Hierover Immel 1965, p. 123 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 46 e.v. Zie ook Stiegeler 1985, p. 40 e.v.; Sens 1990, p. 53 e.v.

88. Immel 1965, p. 124 laat evenwel doorschemeren dat dit formele aspect wel het materiële aspect aangescherpt heeft.

89. Zie Immel 1965, p. 123; Zimmermann 1991, p. 22; Halding-Hoppenheit 2003, p. 46-47.

90. Immel 1965, p. 124.

91. Immel 1965, p. 124; Halding-Hoppenheit 2003, p. 47.

92. Zie over het legaat en de mogelijkheid van wilsdelegatie in het tweede ontwerp Immel 1965, p. 122 e.v.; Zimmermann 1991, p. 22; Halding-Hoppenheit 2003, p. 47-49.

die voortkomt uit de onzekerheid waarmee een erflater bij het testen kampt: Wanneer overlijdt ik en wie en wat laat ik op dat moment na etc.<sup>93</sup> Voorts bepaalde § 2024 E II dat het eveneens mogelijk was om het object van de verkrijging door een derde te laten bepalen. Deze bepalingen zijn thans opgenomen in § 2151 en § 2153 e.v. BGB, waarop ik hierna in paragraaf 3.3.4 nader zal ingaan.<sup>94</sup> Zoals gezegd gold het *Drittbestimmungsverbot* voor de last evenmin. Ik zal dit eveneens in paragraaf 3.3.4 nader toelichten.

### 3.2.5. Tussenconclusie

*Der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit*, zoals we dat thans terug zien in § 2065 BGB, omvat een algemeen delegatieverbod. Dit verbod is evenwel geen vanzelfsprekendheid, maar het resultaat van een wispelturig wordingsproces dat van origine niet steunt op het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking, maar op twee geheel andere pijlers: namelijk op het formalisme en het bepaaldheidsvereiste.<sup>95</sup>

Het formalisme zorgde er bij de Romeinen voor dat de werking van een uiterste wilsbeschikking niet van louter andermans wil afhankelijk kon zijn (*Wollensbedingungen* waren niet toegestaan). Een dergelijke van andermans wil afhankelijke beschikking kon immers niet met inachtneming van de juiste woordformules en rituelen tot stand komen. In de eeuwen daarna was het formalisme (in vergelijking met de Romeinen) sterk afgezwakt. Toch werd ook toen van erflater verlangd dat hij de werking van zijn uiterste wilsbeschikking niet van andermans wil afhankelijk maakte. In de middeleeuwen 13<sup>e</sup> en 14<sup>e</sup> eeuw was dit omdat uiterste wilsbeschikkingen waarbij de wil van een derde een rol speelde in beginsel als *captatoriae* (dat impliceerde ongeoorloofd) werden aangemerkt. Vanaf de receptie van het Romeinse recht waren uiterste wilsbeschikkingen waarvan de werking afhankelijk was van andermans wil niet mogelijk omdat de *materielle Höchstpersönlichkeit*, dat een onafhankelijke wil van erflater verlangde, een *geldigheidsvereiste* van de uiterste wilsbeschikking werd. De ontwerpers van het BGB namen deze gedachte over. Zij legden in de wet uitdrukkelijk een bepaling neer die verbood dat de werking van een uiterste wilsbeschikkingen afhankelijk werd gemaakt van andermans wil. Een dergelijk delegatieverbod was, naar hun inzicht, een noodzakelijke aanvulling op het formele aspect van het hoogstpersoonlijke. Voorts werd door de ontwerpers gewezen op de testeervrijheid en op de bescherming van de versterferfgenamen. Indien de erflater de werking van zijn uiterste wilsbeschikkingen kon overlaten aan een ander, zou er sprake zijn van het 'overspannen' van de testeervrijheid. Bovendien zou de erflater, indien hij niet weet wat hij wil, de dingen hun natuurlijke beloop moeten laten. De erflater dient dan anders gezegd het versterferfrecht te accepteren. Het erfrecht berust immers, zo was toentertijd de gedachte, op de familie en deze moet erfslaters vermogen zoveel mogelijk behouden. De zojuist genoemde argumenten vormen voor de ontwerpers van het BGB ook het uitgangspunt

93. Zie voor deze onzekerheden bij het testen ook 'Inleiding en verantwoording' onder I.

94. Vgl. *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771, waar dit legaat met keuzeverlening eveneens wordt toegestaan.

95. Zie subparagraaf 3.2.2 'Oorsprong van 'der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit.'

om van erflater te verlangen dat hij eveneens de wezenlijke inhoud van zijn uiterste wilsbeschikkingen hoogstpersoonlijk bepaalt (vgl. het huidige § 2065 II BGB).<sup>96</sup> In het Romeinse recht was er van een dergelijk materieel aspect van het hoogstpersoonlijke evenwel nog geen sprake. Toentertijd verhinderde het uit het formalisme voortvloeiende bepaaldheidsvereiste dat personen die niet door erflater waren bepaald (*personae incertae*), konden erven. Het formalisme zwakte, zoals gezegd, na verloop van tijd af, maar het hieruit voortvloeiende bepaaldheidsvereiste is tot op de dag van vandaag voor de uiterste wilsbeschikking van belang gebleven<sup>97</sup> en werd door de eeuwen heen *soepel* opgevat.<sup>98</sup> Zo was het bij de Romeinen al toegestaan om de legatarissen uit een door erflater afgebakende groep van personen door een derde te laten aanwijzen. Deze soepele opvatting van het bepaaldheidsvereiste gold ook in de middeleeuwen, receptie en 19<sup>e</sup> eeuw waarin het mogelijk was om de erfgenamen resp. legatarissen door een derde te laten bepalen, voorzover de erflater de groep waaruit de derde kon kiezen afbakende. In de ontwerpen van het BGB werd deze soepele uitleg van het bepaaldheidsvereiste voor de erfstelling verlaten. Een erfstelling met daarbij een keuzeverlening voor een ander om uit een door erflater afgebakende groep van personen de erfgenamen aan te wijzen, werd afgekeurd. Reden hiervoor was de idee dat er dan in wezen sprake zou zijn van een erfstelling onder de voorwaarde dat een derde het wil (*Wollensbedingung*). Voorts bestond er naar het inzicht van de ontwerpers geen praktische behoefte voor een dergelijke erfstelling. Deze behoefte was er volgens hen wel bij het legaat. Voor het legaat heeft het bepaaldheidsvereiste in de ontwerpen van het BGB dan ook zijn rol behouden.<sup>99</sup>

Na deze historische schets staat in de volgende paragraaf § 2065 BGB centraal.

### 3.3. Inhoud § 2065 BGB

#### 3.3.1. Regelungsziele

Het Duitse BGB regelt met betrekking tot het hoogstpersoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking meer dan het BW. Van erflater wordt namelijk niet alleen verlangd dat hij hoogstpersoonlijk zijn uiterste wilsbeschikking *maakt* (§ 2064 BGB, vgl. art. 4:42 lid 3 BW),<sup>100</sup> maar ook dat hij hoogstpersoonlijk beslist over haar *werking* en haar wezenlijke *inhoud* (§ 2065 BGB).<sup>101</sup> De bepalingen § 2064 en § 2065 BGB

96. Zie de subparagraaf 3.2.4 'Ontwerpen BGB'.

97. Zie subparagraaf 2.2.2.4, waarin ik betoogde dat het bepaaldheidsvereiste een cruciaal vereiste voor de rechtshandeling is. Zie over het bepaaldheidsvereiste ook hoofdstuk 4.

98. Zie subparagraaf 3.2.2 'Oorsprong van 'der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit'.

99. Zie de subparagraaf 3.2.4 'Ontwerpen BGB'.

100. Zie subparagraaf 2.5.2.3 'Ter vergelijking: § 2064 BGB'.

101. Dit lijkt in strijd met de testeervrijheid. De testeervrijheid brengt immers mee: de vrijheid om de werking, de inhoud en de voorwaarden van een uiterste wilsbeschikking naar eigen inzicht te bepalen. Oftewel: testen zoals de erflater het goedgevindt (subparagraaf 1.2.2.1 'Twee 'subvrijheden)'). In het eerste hoofdstuk merkte ik evenwel reeds op dat het *Prinzip der Höchstpersönlichkeit*



vormen samen een eenheid en brengen *das Prinzip der Höchstpersönlichkeit* tot uitdrukking.<sup>102</sup>

In subparagraaf 2.5.2.3 kwam § 2064 BGB reeds aan bod. Dit artikel omvat het formele aspect van het hoogstpersoonlijke en verbiedt iedere vorm van vertegenwoordiging bij het maken van de uiterste wilsbeschikking. Hierop zijn geen uitzonderingen mogelijk.<sup>103</sup> De ratio van § 2064 BGB is gelegen in de overtuiging dat een erflater de verantwoordelijkheid over zijn laatste wil niet op een ander mag afschuiven.

'Das Gesetz hat diese Regelung getroffen, weil sie im Wesentlichen dem vorher geltenden Recht entsprach und der Erblasser die *sittliche Verantwortung* für die Ausgestaltung der Erbfolge nicht von sich selbst abwälzen soll (curs. NB).'<sup>104</sup>

Een erflater zal zijn uiterste wilsbeschikkingen *persoonlijk* moeten maken. De regeling verhindert erfrechtelijke vertegenwoordiging *tijdens leven*. Maar wat nu als erflater tijdens zijn leven hoogstpersoonlijk een uiterste wilsbeschikking maakt en daarin bepaalt dat *na zijn dood* vertegenwoordiging zal plaatsvinden? Met andere woorden: wat als erflater zijn laatste wil aan een vertrouwenspersoon delegeert?

'Der historische Gesetzgeber sah in letzterem Fall ebenfalls eine *Art Übertragung der Testamentserrichtung* auf einen anderen und betrachtete somit § 2065 BGB als *notwendige Ergänzung zum Grundsatz der formellen Höchstpersönlichkeit*. Ohne § 2065 BGB sei die Gefahr einer Umgehung des § 2064 BGB gegeben (curs. NB).'<sup>105</sup>

En:

'Nach ganz herrschender Meinung ist § 2065 BGB als *Ergänzung zu § 2064 BGB zu sehen, die beide ein einheitliches Ziel verfolgen* (curs. NB).'<sup>106</sup>

Het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke zoals dat is neergelegd in § 2065 BGB, is dus in het leven geroepen als *aanvulling* op het formele aspect van het hoogstpersoonlijke dat is neergelegd in § 2064 BGB. De ratio van § 2065 BGB is daarmee eveneens gelegen in erflaters verantwoordelijkheid voor zijn laatste wil.<sup>107</sup>

in de Duitse literatuur toch ook wordt beargumenteerd met een beroep op de testeervrijheid (zie paragraaf 1.2.2.2 'Intermezzo: een delegatieverbod omwille van de testeervrijheid'). Mijns inziens onterecht. Zolang de erflater aan de derde niet volledig de vrije hand geeft, maar slechts bepaalde bevoegdheden aan hem delegeert, wordt geen afbreuk gedaan aan de testeervrijheid. Zie hierover ook subparagraaf 3.4.2 'Waarborging testeervrijheid'.

102. Wagner 1997, p. 29.

103. Zie ook Sens 1990, p. 57; Halding-Hoppenheit 2003, p. 73.

104. Brox/Walker 2010, nr. 94. Zie ook Wagner 1997, p. 30; Schlüter 2000, p. 55; Halding-Hoppenheit 2003, p. 56; Leipold 2006, nr. 277.

105. Halding-Hoppenheit 2003, p. 57. Zie ook Brox/Walker 2010, nr. 96; Hausmann/Hohloch 2010, p. 395.

106. Halding-Hoppenheit 2003, p. 56.

107. Zie ook de uitspraak van het BGH 18 november 1954, NJW 1955, 100. § 2065 BGB is overigens zowel van toepassing op het testament als op het *Erbvertrag* (§ 2279 I BGB).

3.3.2. *Abs. I: werking*<sup>108</sup>

Het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke zoals verwoord in § 2065 BGB kent twee *Absätze*. Het eerste lid luidt:

'I. Der Erblasser kann eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, dass ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll.'

De werking van erflaters uiterste wilsbeschikking, van welke aard dan ook,<sup>109</sup> mag niet louter afhankelijk zijn van de toestemming of afkeuring van een ander (vgl. de *Wollensbedingungen*, die ik reeds in paragraaf 3.2.2 noemde). Een uiterste wilsbeschikking in strijd met het bepaalde in § 2065 I BGB is nietig (§ 134 BGB).<sup>110</sup> Evenals § 2064 BGB geldt § 2065 I BGB steevast, zij kennen beide geen uitzonderingen.<sup>111</sup>

§ 2065 I BGB wordt ruim geïnterpreteerd, want het is evenmin toegestaan om de uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van het redelijk oordeel (*billigem Ermessen*) van een ander.<sup>112</sup>

Wat evenwel niet door § 2065 I BGB wordt verboden zijn uiterste wilsbeschikkingen die afhankelijk zijn gemaakt van een *gebeurtenis* waarvan het intreden mede afhangt van de wil van de begunstigde of een derde. Ofwel, toegestaan zijn de eerder in paragraaf 3.2.2 genoemde *Willkürbedingungen*.<sup>113</sup> Halding-Hoppenheit hanteert voor deze *Bedingungen* de term *Potestativbedingung*. Zij geeft hierbij evenwel aan dat een *Potestativbedingung* gelijkstaat aan een *Willkürbedingung*, de term die zij (en in navolging van haar, evenals in navolging van Immel en Zimmermann, ook ik) voor dergelijke *Bedingungen* hanteerde in het kader van de historische schets van *der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit*.<sup>114</sup>

108. Zie in dit kader ook Bauduin 2014, par. VII.

109. Halding-Hoppenheit 2003, p. 59 schrijft 'Unter 'letztwilliger Verfügung' ist ihm Rahmen des § 2065 I BGB zum einen entsprechend § 1937 BGB das Testament als solches zu verstehen, zum anderen aber auch jede einzelne Anordnung in einem Testament oder in einem Erbvertrag, wie sich aus § § 2279 I, 2299 II BGB ergibt. Damit fällt jede Anordnung in einer Verfügung von Todes wegen unter diesen Begriff.'

110. § 134 BGB: 'Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.' Voorzover de uiterste wil nog andere wilsbeschikkingen bevat, die geen verband houden met de nietige beschikking, geldt § 2085 BGB: 'Die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen hat die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde.'

111. Sens 1990, p. 57; Halding-Hoppenheit 2003, p. 73.

112. Halding-Hoppenheit 2003, p. 58. Onder 'ander' dient volgens de heersende leer te worden verstaan iedere persoon (met uitzondering van de erflater), dus bijvoorbeeld ook de bezwaarde erfgenaam of de begunstigde zelf. Dat een begunstigde het recht heeft om zijn verkrijging te verwerpen, doet hieraan geen afbreuk. Volgens de heersende leer moet deze bevoegdheid om te verwerpen niet op één lijn worden getrokken met de bevoegdheid om te bepalen of een uiterste wilsbeschikking wel of niet werkt.

113. Vgl. hiermee ons art. 1292 oud BW, dat toestond dat een verbintenis afhangt van een handeling waarvan de vervulling in de macht stond van degene die verbonden was.

114. Als voorbeeld van zo'n toelaatbaar *Potestativbedingung* kan worden genoemd: 'Einsetzung des Nacherben unter der auflösenden Bedingung, dass der Vorerbe nicht anderweitig verfüge [...]'. Meyer, Gemmer & Siebert 2009, p. 75. Vgl. HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, NJ 2004/487 (*Boerenplaatsje*).

'Eine Potestativbedingung liegt dann vor, wenn die Bedingung in *einem Ereignis* besteht, dessen Eintritt vom Willen des Bedachten oder eines Dritten abhängt (curs. NB).'<sup>115</sup>

Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de voorwaarde '*si Titius in Capitolium ascenderit*' oftewel 'als Titius het Capitool beklimt'.

De grenslijn tussen een *Potestativbedingung* (die in beginsel toelaatbaar is) en een *Wollensbedingung* (die in beginsel ontoelaatbaar is) zal niet altijd feilloos kunnen worden getrokken. Het kan zijn dat een voorwaarde, die inhoudt dat er een bepaalde gebeurtenis dient plaats te vinden waarvan het intreden mede afhankelijk is van andermans wil, in feite een verkapte *Wollensbedingung* is. Of juist dat een erflater een voorwaarde aan zijn beschikking verbindt, waarvan het intreden afhankelijk is van andermans wil (een *Wollensbedingung*), doch erflater deze voorwaarde aan de beschikking heeft verbonden omdat hij hieraan groot belang hechtte. Hoe gaan de Duitse collega's hiermee om?

'Maßgeblich für die sachliche Abgrenzung zur unzulässigen Wollensbedingung ist nach ganz herrschender Meinung, dass die Bedingung nicht in der bloßen Erklärung über die Geltung der letztwilligen Verfügung besteht, also *die Bedingung nicht auf eine Vertretung im Willen hinausläuft* und damit eigentlich eine Wollensbedingung darstellt. Entscheidend ist daher, was der Erblasser mit dem Setzen der Bedingung bezweckte. Der Erblasser darf nicht wegen eigener Unentschlossenheit die Bedingung als Mittel dazu benutzen, die Entscheidung einem anderen zu überlassen. Vielmehr muss er einen hinsichtlich der Bedingung bestimmten eigenen Willen haben. Es muss also das Ereignis für sich allein genommen für den Entschluss des Erblassers Bedeutung haben und nicht lediglich der darin in Bezug auf die letztwillige Verfügung zum Ausdruck kommende Wille des anderen. Ist ein solches Interesse des Erblassers gegeben, so steht § 2065 I BGB einer dermaßen bedingten Verfügung nicht entgegen (curs. NB).'<sup>116</sup>

Waar de voorwaarde anders gezegd niet op uit mag draaien is een 'Vertretung des unentschlossenen Erblassers im Willen'.<sup>117</sup> Erflaters redenen om de voorwaarde op te nemen zijn dan ook beslissend. Een voorwaarde mag door de erflater niet als middel aan een beschikking worden verbonden, om zo een eigen beslissing uit te stellen. Wil erflater een beslissing omtrent de werking van zijn beschikking aan een ander overlaten, dan moet erflater hierbij een bepaald belang hebben. Brox/Walker noemt als voorbeeld de situatie dat:

115. Halding-Hoppenheit 2003, p. 59. Zij wijst in dit kader ook op § § 2074 en 2075 BGB, betreffende de ontbindende en opschortende voorwaardelijke makingen. § 2074 BGB betreft de opschortende voorwaarde en luidt als volgt:

'Hat der Erblasser eine letztwillige Zuwendung unter einer aufschiebenden Bedingung gemacht, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Zuwendung nur gelten soll, wenn der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebt.' § 2075 BGB betreft de ontbindende voorwaarde en bepaalt dat:

'Hat der Erblasser eine letztwillige Zuwendung unter der Bedingung gemacht, dass der Bedachte während eines Zeitraums von unbestimmter Dauer etwas unterlässt oder fortgesetzt tut, so ist, wenn das Unterlassen oder das Tun lediglich in der Willkür des Bedachten liegt, im Zweifel anzunehmen, dass die Zuwendung von der auflösenden Bedingung abhängig sein soll, dass der Bedachte die Handlung vornimmt oder das Tun unterlässt.'

116. Halding-Hoppenheit 2003, p. 59-60.

117. Brox/Walker 2010, nr. 96.

'E setzt seinen Neffen als Erben ein unter der Bedingung, dass dessen Ehefrau den E im Alter pflegt. Diese Verfügung ist wirksam, obwohl ihre Geltung von dem Willen der Ehefrau abhängt.'<sup>118</sup>

### 3.3.3. Abs. II: inhoud

Ook het tweede lid van § 2065 BGB waakt tegen 'eine Vertretung des Erblassers im Willen'.<sup>119</sup> Het bepaalt dat:

'II. Der Erblasser kann die Bestimmung<sup>120</sup> der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie die Bestimmung des Gegenstands der Zuwendung nicht einem anderen überlassen.'

In Abs. II van § 2065 BGB is het *Drittbestimmungsverbot* neergelegd. *Zuwendungen* die onvolledig zijn geuit, in die zin dat de erflater het direct of indirect aan een ander overlaat om te bepalen *wie* verkrijgt of *wat* wordt verkregen, zijn nietig (§ 2065 II BGB jo. § 134 BGB).<sup>121</sup> Onder *Zuwendung* wordt iedere beschikking van erflater verstaan die:

'einem anderen einen Vermögensvorteil verschafft und diesem einen selbstständigen *Anspruch* auf das Zugewendete gewährt (curs. NB).'<sup>122</sup>

Anders dan het eerste lid van § 2065 BGB ziet het tweede lid dus slechts op de uiterste wilsbeschikking die een verkrijging met zich brengt en die een aanspraak inhoudt, zoals de erfstelling en het legaat.<sup>123</sup> Op de last, die niet steeds verkrijgend van aard is noch een aanspraak inhoudt (§ 1940 BGB),<sup>124</sup> is § 2065 BGB (toch) ook van toepassing. Zo is in § 2192 BGB te lezen:

'Auf eine Auflage finden die für letztwillige Zuwendungen geltenden Vorschriften der §§ 2065, 2147, 2148, 2154 bis 2156, 2161, 2171, 2181 entsprechende Anwendung.'

118. Brox/Walker 2010, nr. 96.

119. Brox/Walker 2010, nr. 97. Zie over § 2065 II BGB Sens 1990; Frey 1999, p. 19 e.v.; Schlüter 2000, p. 55 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 60 e.v.; Leipold 2006, nr. 280; Brox/Walker 2010, nr. 97; Hausmann/Hohloch 2010, p. 396 e.v.

120. Zie over de betekenis van *Bestimmung* Sens 1990, p. 47-49, waarin aan *Bestimmung* de betekenis van *Festsetzen* (bepalen/vaststellen) dient te worden toegeschreven en niet de betekenis van *Feststellen* (constateren).

121. § 134 BGB: 'Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.' Voorzover de uiterste wil nog andere wilsbeschikkingen bevat, die geen verband houden met de nietige beschikking, geldt § 2085 BGB: 'Die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen hat die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde.'

122. Halding-Hoppenheit 2003, p. 61. Vgl. hiermee ons begrip 'making'. Zie ook Frey 1999, p. 19.

123. Frey 1999, p. 19 noemt de 'Erbeinsetzungen' (zowel 'Nacherbeneinsetzung' als 'Ersatzerbeneinsetzung'), 'Vermächtnisse' en 'Schenkungsversprechen auf den Todesfall' (ofwel schenkingen met werking na overlijden).

124. 'Der Erblasser kann durch Testament den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden (Auflage).'

Voor de uiterste wilsbeschikkingen die geen verkrijging inhouden, vormt § 2065 II BGB geen belemmering. Het is dan ook mogelijk om in de uiterste wil een derde aan te wijzen die bijvoorbeeld de *Testamentsvollstrecker* zal benoemen.<sup>125</sup>

Wilsdelegatie ten aanzien van de *essentialia*<sup>126</sup> van de erfstelling, het legaat en de last lijkt door het bepaalde in § 2065 II jo. § 2192 BGB dus onmogelijk. De wet voorziet zelf echter, ten aanzien van bepaalde beschikkingen, in *uitzonderingen* op het *Drittbestimmungsverbot*. Deze *uitzonderingen* komen hierna aan bod.

### 3.3.4. Wettelijke uitzonderingen op § 2065 II BGB

Het bepaalde in § 2065 II BGB geldt niet onverkort. De erflater kan ten aanzien van het legaat (*Vermächtnis*) en de last (*Auflage*) andermans hulp inschakelen. Ook bij de tenuitvoerlegging van het testament (*Testamentsvollstreckung*)<sup>127</sup> laat de Duitse wet, zoals ik hiervoor in paragraaf 3.3.3 al kort aanstipte, toe dat erflater aan een derde een beslissende rol toekent. Dit is eveneens het geval bij het verdelen van de nalatenschap (*Auseinandersetzung*). In feite leiden laatstgenoemde beschikkingen (de tenuitvoerlegging van het testament en het verdelen van de nalatenschap) niet tot wrijving met § 2065 II BGB. De tenuitvoerlegging van het testament betreft immers geen *Zuwendung* en bij het verdelen van de nalatenschap is reeds duidelijk wie verkrijgt en de omvang van wat wordt verkregen. Enkel het toekennen van specifieke goederen aan de gerechtigden wordt door een derde ingevuld. Toch worden in de Duitse literatuur onder 'die Ausnahmen vom Verbot der Drittbestimmung' doorgaans ook 'die Testamentvollstreckung' en 'die Auseinandersetzung' genoemd.<sup>128</sup> Aan hen zal ik dan ook bij de hierna volgende opsomming van de wettelijke *uitzonderingen*, in lijn met de Duitse literatuur, een paragraaf wijden.

#### 3.3.4.1. Vermächtnis

##### A) Person des Vermächtnisnehmers

§ 2151 BGB kent als opschrift 'Bestimmungsrecht des Beschwerten oder eines Dritten bei mehreren Bedachten' en bepaalt dat:

*'1. Der Erblasser kann mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise bedenken, dass der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den mehreren das Vermächtnis erhalten soll.*

125. Zie § 2198 BGB. Hierover meer in subparagraaf 3.3.4.3 'Testamentsvollstreckung'.

126. Zie ook de uitspraak van het BGH 18 november 1954, NJW 1955, 100: 'Zu den wesentlichen Teilen das letzten Willens gehören die Bestimmungen über den Gegenstand der Zuwendung und über die Person des Bedachten. (...) Ist eine Vor- und Nacherbschaft angeordnet, dann gehören zu den Bestimmungen über den Gegenstand der Zuwendung auch diejenigen über den Zeitpunkt, in dem die Nacherbfolge eintreten soll (curs. NB).'

127. Zie hierover B. Schols 2007a, p. 30, waarin hij aangeeft dat in het Duitse recht verschillende soorten van *Testamentsvollstreckung* bestaan die te vergelijken zijn met de varianten binnen ons testamentair bewind (afd. 4.5.7 BW).

128. Zie bijvoorbeeld Sens 1990, p. 57 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 73 e.v.; Leipold 2006, nr. 280; Hausmann/Hohloch 2010, p. 403-404.

II. Die Bestimmung des Beschwerten erfolgt durch Erklärung gegenüber demjenigen, welcher das Vermächtnis erhalten soll; die Bestimmung des Dritten erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten.

III. Kann der Beschwerde oder der Dritte die Bestimmung nicht treffen, so sind die Bedachten Gesamtgläubiger. Das Gleiche gilt, wenn das Nachlassgericht dem Beschwerten oder dem Dritten auf Antrag eines der Beteiligten eine Frist zur Abgabe der Erklärung bestimmt hat und die Frist verstrichen ist, sofern nicht vorher die Erklärung erfolgt. Der Bedachte, der das Vermächtnis erhält, ist im Zweifel nicht zur Teilung verpflichtet (curs. NB).'

Dit artikel laat toe dat de erflater het aan een *ander*, namelijk de bezwaarde (dat wil zeggen degene(n) op wie het legaat drukt) of een derde,<sup>129</sup> overlaat om te bepalen wie als legataris optreedt. Een volledige keuzevrijheid heeft deze bezwaarde resp. derde hierbij echter niet.

'Voraussetzung ist hierbei, daß der Kreis der für die Auswahl bestimmten Personen in der letztwilligen Verfügung so weit bestimmt ist, daß über die Zugehörigkeit zu diesem Kreis keine Zweifel bestehen können. Der Kreis der Personen muß insofern 'beschränkt und leicht überschaubar' sein, denn es ist nach Ansicht von Rechtsprechung und Literatur nicht im Sinne des Erblassers, einem weiten Personenkreis Gesamtgläubigerrechte nach § 2151 Abs. 3 BGB einzuräumen (curs. NB).'<sup>130</sup>

De erflater kan (in afwijking van § 2065 II BGB) een legaat met keuzeverlening ten aanzien van de legataris in zijn uiterste wil opnemen. Hierbij is het van belang dat de erflater de keuze beperkt door een afgebakende, ofwel meer specifiek: een *bepaalde en overzichtelijke* groep van potentiële legatarissen aan te wijzen, waaruit de keuze door de bezwaarde resp. derde kan worden gemaakt.<sup>131</sup>

Niets belet erflater overigens om *alle goederen* van zijn nalatenschap op deze manier (dat wil zeggen met keuzeverlening ten aanzien van de verkrijgers) te legateren. Het universeel legaat (*Universalvermächtnis*) met keuzeverlening is, anders gezegd, toegestaan.<sup>132</sup>

§ 2152 BGB ('Wahlweise Bedachte') heeft eveneens betrekking op het door een ander dan erflater laten bepalen van de legataris:

'Hat der Erblasser mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise bedacht, dass nur der eine oder der andere das Vermächtnis erhalten soll, so ist anzunehmen, dass der *Beschwerte bestimmen soll*, wer von ihnen das Vermächtnis erhält (curs. NB).'

129. Indien de persoon die de keuze mag maken door erflater niet expliciet genoemd wordt, is aan te nemen dat deze bevoegdheid aan de bezwaarde toekomt. Halding-Hoppenheit 2003, p. 75.

130. Frey 1999, p. 23.

131. Vgl. hiermee het naar Nederlands recht geoorloofde legaat met keuzemogelijkheid. Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771. Zie over § 2151 BGB als uitzondering op § 2065 II BGB: Sens 1990, p. 57; Wagner 1997, p. 50-51; Frey 1999, p. 23-24; Halding-Hoppenheit 2003, p. 74-76; Hausmann/Hohloch 2010, p. 403.

132. Sens 1990, p. 29-35; Hausmann/Hohloch 2010, p. 403. Sens gaat in haar onderzoek in op de belangrijke vraag waarom er een onderscheid is ten aanzien van *Drittbestimmung* bij die *Erbeinsetzung* en *Drittbestimmungen* bij das (*Universal*)Vermächtnis. Met een *Universalvermächtnis* kan namelijk het gehele vermogen worden gelegateerd. Een *Universalvermächtnis* houdt overigens niet een erfstelling in. Het moet dan ook niet worden verward met de algemene legataris van het Belgische recht, die saisine kan genieten.

Ook ten aanzien van hetgeen wordt verkregen (het legaat, ofwel: *het object van de verkrijging*), is het mogelijk om de hulp van een ander in te schakelen. De §§ 2153 t/m 2156 BGB, die overigens te combineren zijn met het bepaalde in § 2151 BGB,<sup>133</sup> handelen hierover.

#### B) *Vermächtnisgegenstandes*

§ 2153 BGB maakt het mogelijk dat een ander (de bezwaarde resp. derde) het legaat onder de legatarissen verdeelt:

'I. Der Erblasser kann mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise bedenken, *dass der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, was jeder von dem vermachten Gegenstand erhalten soll*. Die Bestimmung erfolgt nach § 2151 Abs. 2.

II. Kann der Beschwerte oder der Dritte die Bestimmung nicht treffen, so sind die Bedachten zu gleichen Teilen berechtigt. Die Vorschrift des § 2151 Abs. 3 Satz 2 findet entsprechende Anwendung (curs. NB).'

De omvang van de verkrijging is reeds door de erflater zelf bepaald. In wezen houdt § 2153 BGB dan ook geen uitzondering op § 2065 II BGB in. Slechts 'die Bestimmung der Anteile' wordt aan een ander overgelaten.

In § 2154 BGB is *das Wahlvermächtnis* terug te vinden:

'I. Der Erblasser kann ein Vermächtnis in der Art anordnen, *dass der Bedachte von mehreren Gegenständen nur den einen oder den anderen erhalten soll*. Ist in einem solchen Falle die Wahl einem Dritten übertragen, so erfolgt sie durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten.

II. Kann der Dritte die Wahl nicht treffen, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über. Die Vorschrift des § 2151 Abs. 3 Satz 2 findet entsprechende Anwendung (curs. NB).'

Aan de legataris, derde of bezwaarde kan het recht worden toegekend om uit meerdere door erflater aangewezen goederen een goed te kiezen.<sup>134</sup> De legataris, derde of bezwaarde bepaalt met zijn keuze de omvang van de verkrijging.

Een variant hierop is te vinden in § 2155 BGB, *das Gattungsvermächtnis*, waarin erflater volstaat met het bepalen van *de aard van het goed* (zoals 'een auto' of 'wijnflessen') en de keuze voor het concrete goed aan de bezwaarde, begunstigde of een derde overlaat:

'I. Hat der Erblasser die vermachte Sache *nur der Gattung nach bestimmt*, so ist eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten.

II. Ist die Bestimmung der Sache dem Bedachten oder einem Dritten übertragen, so finden die nach § 2154 für die Wahl des Dritten geltenden Vorschriften Anwendung.

III. Entspricht die von dem Bedachten oder dem Dritten getroffene Bestimmung den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht, so hat der Beschwerte so zu leisten, wie wenn der Erblasser über die Bestimmung der Sache keine Anordnung getroffen hätte (curs. NB).'

133. Frey 1999, p. 25-26; Halding-Hoppenheit 2003, p. 78.

134. Brox/Walker 2010, nr. 442, die hierbij opmerkt dat: 'Die »mehreren Gegenstände« können nach der Gattung (»sechs Maria-Theresien-Taler oder sechs Kennedy-Gedächtnismünzen«) oder stückweise (»eine meiner antiken Vasen«) bestimmt, aus dem Nachlass oder auch anderweitig zu verschaffen sein.'

*Das Zweckvermächtnis*, terug te vinden in § 2156 BGB, geeft erflater beduidend meer vrijheid voor *Drittbestimmung* bij het legaat. Erflater hoeft namelijk enkel *het doel* van het legaat te bepalen (bijvoorbeeld: 'de opleiding van mijn zoon dient gefinancierd te worden uit mijn nalatenschap');

'Der Erblasser kann bei der Anordnung eines Vermächtnisses, dessen Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überlassen. Auf ein solches Vermächtnis finden die Vorschriften der §§ 315 bis 319 entsprechende Anwendung (curs. NB).'

Heeft de erflater het doel van het legaat bepaald, dan kan het bepalen van de prestatie aan het redelijk oordeel van de bezwaarde of een derde worden overgelaten. Zoals hiervoor gezegd, kan dit artikel gecombineerd worden met § 2151 BGB, hetgeen de flexibiliteit van dit legaat kan vergroten.

In de bovenstaande *uitzonderingen* op het *Drittbestimmungsverbot* is nergens sprake van een volledige bevoegdheidsoverdracht om een ander het legaat in alle vrijheid (naar eigen goeddunken) te laten bepalen. Steeds wordt van erflater verlangd dat hij ten aanzien van de verkrijging ook zelf iets bepaalt. Het bepaaldheidsvereiste speelt hier zodoende een rol. Een gedachte hierbij is voorts dat een ongebreidelde bevoegdheidsoverdracht een te zware belasting zou zijn voor de erfgenamen op wie het legaat drukt. Zij moeten de omvang van de schulden kunnen inschatten, alvorens zij beslissen of zij de nalatenschap al dan niet wensen te aanvaarden.<sup>135</sup>

Anders is het bij de last. De last roept slechts een *verplichting* in het leven, waarvan geen nakoming kan worden gevorderd (§ 1940 BGB).<sup>136</sup> Er is dan ook geen sprake van een schuld van de nalatenschap en voor erfgenamen die de omvang van de schulden willen inschatten, is de last dan ook van ondergeschikte betekenis. Krijgt de last hierdoor op delegatievlak ruim baan?

#### 3.3.4.2. Auflage

In beginsel is § 2065 II BGB niet op de last van toepassing. Er is immers geen sprake van een *Zuwendung*.<sup>137</sup> *Drittbestimmung* bij de last zou dan ook onbeteugeld mogelijk moeten zijn, ware het niet dat § 2192 BGB hiervoor een flagrant stokje steekt. Dit artikel bepaalt namelijk, zoals ik reeds in paragraaf 3.3.3 aanstipte, dat § 2065 BGB ook op de last van toepassing is.<sup>138</sup> Hetgeen in het kader van *Drittbestimmung* met zich brengt dat, wanneer een last een verkrijging inhoudt, de erflater de inhoud van de last niet onvolledig kan uiten in de zin dat een ander bepaalt wie de bevoordeelde is en wat diegene ontvangt. § 2192 BGB bepaalt nochtans ook dat § § 2154 t/m 2156 BGB op de last van overeenkomstige toepassing zijn. Binnen de door deze artikelen gegeven

135. Wagner 1997, p. 52; Halding-Hoppenheit 2003, p. 78.

136. § 1940 BGB luidt: 'Der Erblasser kann durch Testament den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden (curs. NB).'

137. Zie voor wat er onder *Zuwendung* wordt verstaan: subparagraaf 3.3.3 'Abs. II: inhoud'.

138. Zie subparagraaf 3.3.3 'Abs. II: Inhoud'.



grenzen is het zodoende mogelijk om een ander een invulling te laten geven ten aanzien van hetgeen wordt verkregen (indien de last tot een verkrijging leidt). In § 2192 BGB wordt § 2151 BGB (het legaat met keuzemogelijkheid ten aanzien van de legataris)<sup>139</sup> echter niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Voor wilsdelegatie ten aanzien van degene die verkrijgt (het subject van de verkrijging), lijkt het dan ook einde oefening. Niettemin wordt hier de dans toch ontsprongen door het bepaalde in § 2193 BGB, dat geldt als een *uitzondering* op § 2065 II (jo. 2192) BGB:

*'I. Der Erblasser kann bei der Anordnung einer Auflage, deren Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen.*

*II. Steht die Bestimmung dem Beschwerten zu, so kann ihm, wenn er zur Vollziehung der Auflage rechtskräftig verurteilt ist, von dem Kläger eine angemessene Frist zur Vollziehung bestimmt werden; nach dem Ablauf der Frist ist der Kläger berechtigt, die Bestimmung zu treffen, wenn nicht die Vollziehung rechtzeitig erfolgt.*

*III. Steht die Bestimmung einem Dritten zu, so erfolgt sie durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten. Kann der Dritte die Bestimmung nicht treffen, so geht das Bestimmungsrecht auf den Beschwerten über. Die Vorschrift des § 2151 Abs. 3 Satz 2 findet entsprechende Anwendung; zu den Beteiligten im Sinne dieser Vorschrift gehören der Beschwerte und diejenigen, welche die Vollziehung der Auflage zu verlangen berechtigt sind (curs. NB).'*

Het is mogelijk om de lastbevoordeelde(n) geheel *naar eigen goeddunken* te laten aanwijzen door degene op wie de last rust of door een derde, voorzover erflater reeds zelf *het doel* van de last heeft bepaald. Hierbij is het, in tegenstelling tot het legaat, *niet* nodig dat uit een door erflater *afgebakende groep van personen* kan worden gekozen. Met de last heeft erflater dan ook een geschikt middel in handen om geheel op maat te bevoordelen. Een erflater die een geldbedrag wil laten toekomen aan de genezing van Alzheimer, maar ten tijde van het testen nog niet kan beoordelen welke instelling dit doel nastreeft,<sup>140</sup> kan ervoor kiezen om de bevoordeling te laten plaatsvinden in de vorm van een last. Ten tijde van het overlijden kan degene op wie de last rust of een derde dan de instelling (of instellingen) kiezen die zich voor de overwinning van de ziekte sterk maakt (maken). Hierbij is het zelfs mogelijk dat erflater conform het bepaalde in § 2156 BGB aan de bezwaarde of derde de bevoegdheid geeft om ook de omvang van de prestatie te bepalen.<sup>141</sup> Beseft dient evenwel te worden dat van de prestatie geen nakoming kan worden gevorderd.

Met de last is op delegatiegebied dus meer mogelijk dan met het legaat. Het lijkt erop dat het soepele bepaaldheidsvereiste van het legaat voor de last nog soepeler is. Erflater hoeft immers niet een bepaalde groep van personen te noemen waaruit de verkrijger door de derde gekozen kan worden (dat geldt op grond van het bepaalde in

139. Zie subparagraaf 3.3.4.1 'Vermächtnis' onder A. 'Person des Vermächtnisnehmers'.

140. Het zou ook zo kunnen zijn dat meerdere instellingen dit doel gelijk nastreven of dat de instelling die erflater op het moment van testen op het oog heeft, ten tijde van erflaters overlijden niet meer bestaat.

141. Zie over de last als uitzondering op § 2065 II BGB: Sens 1990, p. 58-59; Wagner 1997, p. 53-54; Frey 1999, p. 26-27; Halding-Hoppenheit 2003, p. 78 e.v.

§ 2151 BGB wel voor het legaat), maar kan volstaan met het bepalen van enkel *het doel* (vgl. § 2156 BGB dat evenwel ziet op *de omvang* van het legaat).

### 3.3.4.3. Testamentsvollstreckung

De wet kent in § 2198 BGB een regeling met betrekking tot die 'Bestimmung des Testamentsvollstreckers durch einen Dritten':

I. Der Erblasser kann die *Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten überlassen*. Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben.

II. Das Bestimmungsrecht des Dritten erlischt mit dem Ablauf einer ihm auf Antrag eines der Beteiligten von dem Nachlassgericht bestimmten Frist (curs. NB).<sup>142</sup>

Aan een derde kan worden overgelaten om naar eigen goeddunken de persoon die als *Testamentsvollstrecker* optreedt, te bepalen. De erflater dient hierbij uiteraard wel zelf te hebben vastgesteld of *Testamentsvollstreckung* door een *Testamentsvollstrecker* plaatsvindt. De vrijheid van de derde gaat dus niet zover dat hij het in zijn macht heeft om te beslissen of er al dan niet een *Testamentsvollstrecker* zal zijn. Dit zou in strijd zijn met § 2065 I BGB, omdat de werking van de beschikking dan louter afhankelijk is van de wil van de derde. Bij het bepalen van de *Testamentsvollstrecker* door *das Nachlassgericht*, een mogelijkheid die § 2200 BGB schept, is volgens Halding-Hoppenheit en Wagner meer mogelijk. § 2200 BGB bepaalt dat:

I. Hat der Erblasser in dem Testament *das Nachlassgericht ersucht, einen Testamentsvollstrecker zu ernennen*, so kann das Nachlassgericht die Ernennung vornehmen.

II. Das Nachlassgericht soll vor der Ernennung die Beteiligten hören, wenn es ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismäßige Kosten geschehen kann (curs. NB).<sup>143</sup>

Indien een erflater de *Testamentsvollstrecker* door *das Nachlassgericht* laat benoemen, kan hij er niet van uitgaan dat de rechtbank zich niet verder zal moeien. Het is de heersende leer, zo merken Halding-Hoppenheit en Wagner op, dat de rechtbank zich ook (in tegenspraak met § 2065 I BGB) kan uitspreken over de vraag of er überhaupt een *Testamentsvollstrecker* zal zijn:

'Da das Nachlassgericht dem Ersuchen des Erblassers, einen Testamentsvollstrecker zu ernennen, nicht unbedingt nachkommen muss, ist auch das "Ob" der Testamentsvollstreckung betroffen.'<sup>143</sup>

En:

'Für § 2200 BGB ist jedoch anerkannt, daß das Nachlassgericht dem Ersuchen des Erblassers nicht unbedingt nachkommen muß. Das beruht auf dem Wortlaut der Vorschrift und dem Willen des historischen Gesetzgebers. Insofern kann für diesen speziellen Fall entgegen § 2065 Abs. 1 BGB auch

142. Zie ook § 2199 BGB waarin is bepaald dat de erflater de *Testamentsvollstrecker* de bevoegdheid kan geven om een of meerdere *Mitvollstrecker* aan zich toe te voegen of in zijn plaats te stellen.

143. Halding-Hoppenheit 2003, p. 83.

*über das "Ob" einer letztwilligen Verfügung entschieden werden, wenn auch mit der Besonderheit, daß diese Bestimmung durch ein Gericht erfolgt (curs. NB).<sup>144</sup>*

Hiermee vormt § 2200 BGB in feite een *uitzondering* op § 2065 I BGB in plaats van op § 2065 II BGB. Laatstgenoemde regeling ziet immers, zoals ik reeds in paragraaf 3.3.3 en 3.3.4 aangaf, op *Zuwendungen* en verbiedt *Drittbestimmung* bij *Testamentsvollstreckung* dan ook eigenlijk niet.<sup>145</sup>

#### 3.3.4.4. Auseinandersetzung

Erflater kan op grond van § 2048 BGB *de verdeling* van de nalatenschap aan het redelijk oordeel van een derde overlaten:

*'Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen. Er kann insbesondere anordnen, daß die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll. Die von dem Dritten auf Grund der Anordnung getroffene Bestimmung ist für die Erben nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil.'*

Hier is (net zoals bij de *Testamentvollstreckung*) evenmin sprake van een echte uitzondering op § 2065 II BGB. De personen die verkrijgen en de omvang van de verkrijgingen zijn immers reeds door erflater zelf vastgesteld en 'der Dritte soll nur noch die konkrete Verteilung der einzelnen Gegenstände regeln.'<sup>146</sup>

#### 3.3.4.5. Tussenconclusie

De bepalingen van § 2064 BGB en § 2065 I BGB gelden steevast, zonder uitzonderingen.<sup>147</sup> Dit is anders voor wat § 2065 II BGB betreft. Met betrekking tot het in dit artikel gelegen *Drittbestimmungsverbot* geldt een aantal wettelijke uitzonderingen die in de paragrafen 3.3.4.1 t/m 3.3.4.4 aan bod zijn gekomen. Deze uitzonderingen hadden betrekking op het legaat, de last, de tenuitvoerlegging van het testament en de verdeling van de nalatenschap. Voor de erfstelling kent de wet geen uitzondering op het *Drittbestimmungsverbot*. In feite geldt dit verbod dus enkel onverzwakt voor de *erfstelling*. Erflater zal steeds zelf de *erfgenamen* en *erfdelen* dienen te bepalen en kan dit, anders dan bij een verkrijging krachtens een legaat of last, niet aan een ander

144. Wagner 1997, p. 54. Het lijkt erop dat Frey 1999, p. 27-28 deze visie niet deelt, hij merkt namelijk op dat 'Die Entscheidung, ob überhaupt Testamentsvollstreckung stattfinden soll, kann der Erblasser allerdings nicht in den Willen eines anderen stellen, da dies als Bestimmung über die Geltung der letztwilligen Verfügung des Erblassers gegen § 2065 Abs. 1 BGB verstieße', waarbij hij geen uitdrukkelijk onderscheid maakt tussen § 2198 en § 2200 BGB.

145. Zie over *Testamentsvollstreckung* als uitzondering op § 2065 II BGB: Sens 1990, p. 59; Wagner 1997, p. 54; Frey 1999, p. 27-28; Halding-Hoppenheit 2003, p. 81 e.v.

146. Wagner 1997, p. 54. Zie over de verdeling van de nalatenschap als uitzondering op § 2065 II BGB ook: Sens 1990, p. 59-60; Frey 1999, p. 27; Halding-Hoppenheit 2003, p. 84.

147. Zie ook Halding-Hoppenheit 2003, p. 73. Hierbij dient evenwel aangetekend te worden dat, indien men de heersende leer volgt, in § 2200 BGB evenwel toch een uitzondering op § 2065 I BGB kan worden gezien. Zie mijn opmerking hieromtrent in paragraaf 3.3.4.3.

overlaten.<sup>148</sup> Een erfstelling met *Drittbestimmung* is nietig (§§ 2065 II jo. 134 BGB). De wetgever is wat dat betreft onverbiddelijk. De rechtspraak en literatuur zijn dit evenwel niet.

In de navolgende subparagraaf komen twee uitspraken aan bod die in de literatuur een belangrijke stempel hebben gedrukt op de uitleg van § 2065 II BGB voor de erfstelling.

### 3.3.5. *Erbeinsetzung en rechtspraak*

Het *Drittbestimmungsverbot* lijkt voor de erfstelling als een paal boven water te staan. De wettekst is overtuigend en alleen voor verkrijgingen op grond van een legaat of last gelden uitzonderingen.<sup>149</sup> Toch bestaat er een praktische behoefte om, in de woorden van Hausmann/Hohloch:

'Vertrauenspersonen des Erblassers bei der Festlegung der Person des Erben bzw. der Erben hinzuzuziehen.'<sup>150</sup>

Deze praktische behoefte heeft ertoe geleid dat in testamenten *Auswahlentscheidungen* aan derden zijn verleend, die vervolgens voor ophef bij nabestaanden hebben gezorgd en aanleiding gaven voor gerechtelijke procedures. Aan twee van deze procedures klampen vrijwel alle Duitse auteurs die § 2065 II BGB behandelen, zich vast.<sup>151</sup> Het gaat om een geschil dat werd voorgelegd aan het *Reichsgericht* (RG 6 februari 1939)<sup>152</sup> en om een geschil waarover het *Bundesgerichtshof* (BGH 18 november 1954)<sup>153</sup> zich heeft uitgesproken. Beide uitspraken zien op de interpretatie van § 2065 II BGB. De uitspraak van het *Reichsgericht* hield een grote versoepeling van het *Drittbestimmungsverbot* voor erfstellingen in. Deze versoepeling is door de uitspraak van het *Bundesgerichtshof* weer enigszins afgezwakt.

148. Met de kanttekening dat § 14 III Höfeordnung bepaalt dat: '*Der überlebende Ehegatte kann, wenn ihm der Eigentümer durch Verfügung von Todes wegen eine dahingehende Befugnis erteilt hat, unter den Abkömmlingen des Eigentümers den Hoferben bestimmen.* Seine Befugnis erlischt, wenn er sich wieder verheiratet oder wenn der gesetzliche Hoferbe das fünfundzwanzigste Lebensjahr vollendet. Die Bestimmung erfolgt durch mündliche Erklärung zur Niederschrift des Gerichts oder durch Einreichung einer öffentlich beglaubigten schriftlichen Erklärung; die Niederschrift wird nach den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes errichtet. Mit Abgabe der Erklärung tritt der neu bestimmte Hoferbe hinsichtlich des Hofes in die Rechtsstellung des bisherigen gesetzlichen Hoferben ein. Auf Antrag eines Beteiligten regelt das Gericht, und zwar auch mit Wirkung gegenüber Dritten, die mit dem Übergang des Hofes zusammenhängenden Fragen (kurs. NB).' Enkel '*der überlebende Ehegatte*' kan zodoende de bevoegdheid krijgen om '*unter den Abkömmlingen*' de '*Hoferbe(n)*' uit te kiezen. Deze uitzondering op § 2065 II BGB maakt wilsdelegatie ten aanzien van het bepalen van de erfgenamen mogelijk, zij het binnen een strikt kader. Zie ook Halding-Hoppenheit 2003, p. 84-86.

149. Zie evenwel noot 455. § 14 III Höfeordnung maakt niettemin een uitzondering voor het bepalen van de *Hoferben*.

150. Hausmann/Hohloch 2010, p. 397.

151. Zie onder anderen Stiegeler 1985, p. 100 e.v.; Schlüter 2000, p. 56; Leipold 2006, nr. 282-284; Halding-Hoppenheit 2003, p. 62 e.v.; Brox/Walker 2010, nr. 97; Hausmann/Hohloch 2010, p. 398.

152. RG 6 februari 1939, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Volume 159, S. 299. Het *Reichsgericht* was van 1879 tot 1945 het hoogste gerechtshof van Duitsland. Het was in Leipzig gevestigd.

153. BGH 18 november 1954, NJW 1955, 100-101. Het *Bundesgerichtshof* is de opvolger van het *Reichsgericht* en thans het hoogste gerechtshof van Duitsland. Het is gevestigd in Karlsruhe.

Hieronder zal ik op beide uitspraken ingaan, omdat zij tot commotie in de literatuur hebben geleid:

'Im Schrifttum sind die Auffassungen geteilt. Einige Stimmen haben sich dem Bundesgerichtshof angeschlossen. Überwiegend folgt man der Auffassung des Reichsgerichtes. Teilweise stimmt man mit dem Reichsgericht nur in der Tendenz überein und gestattet dem Dritten bei seiner Bestimmung eine Entscheidung nach dessen Ermessen, macht die Zulässigkeit derartiger Anordnungen aber von weiteren Voraussetzungen abhängig.'<sup>154</sup>

De nieuwsgierigheid wordt geprikkeld. Wat heeft het *Reichsgericht* precies georakeld ten aanzien van *Drittbestimmung* bij erfstellingen?

### 3.3.5.1. Reichsgericht: 'begrenzte Drittbestimmung'

Aan het Reichsgericht werd een erfstelling voorgelegd waarin:

'ein Landwirt von den Söhnen seiner Nichte denjenigen als Erben eingesetzt hatte, den diese Nichte "als den geeignetsten erachten werde, unter den heutigen schwierigen Verhältnissen Kr. (ein Landgut) zu bewirtschaften und in sozialem Geiste zu wirken".'<sup>155</sup>

De erfflater liet het aan zijn nicht over om tot erfgenaam aan te wijzen degene van haar zoons die zij het meest geschikt vindt om het landgoed 'zu bewirtschaften und in sozialem Geiste zu wirken'.<sup>156</sup> Naar de letter van de wet zou een dergelijke erfstelling ongeoorloofd zijn. § 2065 II BGB verbiedt immers dat een ander bepaalt wie erfgenaam is.

Toch oordeelde het *Reichsgericht* op 6 februari 1939 dat:

'die Erbinsetzung in dem letzten Testament nicht gegen § 2065 BGB. verstößt. Nach dieser Vorschrift kann freilich der Erblasser die Bestimmung des Erben keinem anderen überlassen. Er ist aber darum doch nicht gezwungen, seinen Erben namentlich zu benennen, sondern kann sich damit begnügen, einen begrenzten Kreis von Personen zu bezeichnen, aus dem der Erbe nach bestimmten sachlichen Gesichtspunkten, z.B. Eignung für eine besondere Aufgabe, durch einen Dritten bindend ausgewählt werden soll, sofern nur der Personenkreis so eng begrenzt und die Gesichtspunkte für die Auswahl so genau festgelegt sind, dass für die Willkür eines Dritten kein Raum bleibt, sondern die Entscheidung auf sein Urteil über das Vorliegen jener Voraussetzungen abgestellt ist, mag dieses auch ein reines Werturteil darstellen oder ein solches einschließen. In einem solchen Falle ist die von dem Dritten getroffene Auswahl nur dann nicht maßgebend, wenn sie offenbar nicht auf den vom Erblasser festgelegten sachlichen Gesichtspunkten beruht, sondern seiner Bestimmung zuwider nach Willkür vorgenommen worden ist (curs. NB).'<sup>157</sup>

154. Wagner 1997, p. 21. Welke 'Stimmen' bij welke uitspraak aanknopen, wordt door Wagner in voetnoot 15, 16 en 17 en p. 69-71 medegedeeld. Zie ook Halding-Hoppenheit 2003, p. 64-66; Hausmann/Hohloch 2010, p. 398, voetnoot 334.

155. Halding-Hoppenheit 2003, p. 62. Zie ook Stiegeler 1985, p. 100; Wagner 1997, p. 20.

156. Dit zou overigens ook bereikt kunnen worden met een *Universalvermächtnis*. Hierover Sens 1990, p. 29 e.v. die van mening is dat § 2151 BGB analoog toegepast kan worden op *die Bestimmung der Person des Erben durch einen Dritten*.

157. RG 6 februari 1939, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Volume 159, S. 299. Zie ook Stiegeler 1985, p. 100 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 62 e.v.

Het *Reichsgericht* merkt hierbij op dat ‘für eine derartige letztwillige Anordnung gute Gründe bestehen können und für die Zulassung solcher Verfügungen von Todes wegen ein *anzuerkennendes Bedürfnis* spricht (curs. NB).<sup>158</sup> Dit ondanks dat hetzelfde resultaat ook bereikt kan worden met behulp van *das Vermächtnis*.<sup>159</sup> De praktische behoefte is dus sterker dan de leer. Bovendien is er volgens het *Reichsgericht* geen sprake van strijd met die *Grundgedanke* van § 2065 BGB.<sup>160</sup> Hierbij kent het *Reichsgericht* een beslissende rol toe aan het feit dat er niet naar willekeur wordt gekozen.

De zojuist aangehaalde uitspraak RG 6 februari 1939<sup>161</sup> laat doorschermeren dat het ijkpunt voor een geoorloofde *Auswahlentscheidung* ten aanzien van de erfstelling volgens het *Reichsgericht* ligt bij het voorkomen van willekeurig handelen door de derde. Hoe dit te doen? In het bovenstaande citaat van het *Reichsgericht* kunnen, mijns inziens, twee criteria worden ontwaard, waarmee willekeur kan worden voorkomen:

1. Het *bepaaldheidsvereiste*. Erfflater zal een afgebakende groep van potentiële erfgenamen moeten aanwijzen, waaruit de derde zijn keuze kan maken.<sup>162</sup>
2. Het meegeven van *sachlichen Auswahlgesichtspunkte*, waaronder, in strijd met de letterlijke bewoording van § 2065 II BGB, ook een *reines Werturteil* kan vallen.

Met dit laatste punt schoot de kogel door de kerk: *Drittbestimmung* bij de erfstelling is niet steeds ongeoorloofd, erfflater kan (ondanks de bewoordingen van § 2065 II BGB) wel degelijk aan een derde een *Auswahlermessen* met *Beurteilungsspielraum* geven ten aanzien van het bepalen van de erfgenamen. Het *Reichsgericht* wordt hierin bijgevalen door de heersende leer:

‘Die Auffassung des Reichsgerichtes hat in der Literatur überwiegend Zustimmung erfahren.

*Die herrschende Meinung hält somit die einem Dritten überlassene Bestimmung für zulässig, wenn sowohl der Personenkreis, aus dem die Wahl zu treffen ist, als auch die Auswahlkriterien vom Erblasser vorgegeben sind.* Entsprechendes gelte für die einem Dritten überlassene Bestimmung des Zuwendungsgegenstandes (curs. NB).<sup>163</sup>

### 3.3.5.2. Bundesgerichtshof: ‘Bezeichnung’

Het *Bundesgerichtshof* staat in zijn uitspraak van 18 november 1954 strenger tegenover *Drittbestimmung* bij erfstellingen dan het *Reichsgericht*.<sup>164</sup> Aan het *Bundesgerichtshof*

158. RG 6 februari 1939, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Volume 159, S. 299.

159. Over de analoge toepassing van *Erbeinsetzung* en *Vermächtnis* met betrekking tot *Drittbestimmung* zie Sens 1990.

160. RG 6 februari 1939, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Volume 159, S. 299.

161. RG 6 februari 1939, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Volume 159, S. 299.

162. Vgl. § 2151 BGB (zie paragraaf 3.3.4.1 ‘*Vermächtnis*’ onder A) met betrekking tot het bepalen van de *Person des Vermächtnisnehmers* door een derde.

163. Halding-Hoppenheit 2003, p. 64 en voetnoot 163 voor de heersende leer. Anders Kipp/Coing 1978, p. 124; Süner 1969, p. 78; Halding-Hoppenheit 2003, p. 70 e.v. Zie over de uitspraak van het *Reichsgericht* ook Grossfeld 1968, p. 113; Süner 1969, p. 68 e.v.; Stiegeler 1985, p. 100 e.v.; Wagner 1997, p. 20 en 67 e.v.; Schlüter 2000, p. 56; Leipold 2006, nr. 282; Halding-Hoppenheit 2003, p. 62-64; Brox/Walker 2010, nr. 97; Hausmann/Hohloch 2010, p. 398.

164. BGH 18 november 1954, *N/W* 1955, 100. Grossfeld 1968, p. 114 merkt op: ‘der BGH hat die Richtigkeit dieser Ausführungen des RG [zie de uitspraak van het *Reichsgericht*, *Entscheidungen des Reichsge-*

werd een uiterste wil van een gesneuvelde soldaat voorgelegd waarin de soldaat bepaalde:

'Sind bei meinem Tode meine Witwe und gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden, so verbleibt es bei der gesetzlichen Erbfolgeordnung. Den Erbteil meiner Witwe belege ich mit Nacherbschaft in der Weise, daß Nacherben sind 1. in erster Linie unsere gemeinschaftlichen Abkömmlinge, 2. in zweiter Linie, wenn bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge gemeinschaftliche Abkömmlinge nicht vorhanden sind, meine Mutter und meine Geschwister oder deren Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolgeordnung. Der Fall der Nacherbfolge tritt ein mit dem Tode meiner Witwe. Den Erbteil unserer gemeinschaftlichen Abkömmlinge belege ich in gleicher Weise wie den Erbteil meiner Witwe mit Nacherbschaft.'<sup>165</sup>

Voorts wees de erflater in zijn uiterste wil twee *Testamentsvollstreckern* aan die samen de *bevoegdheid* kregen om:

'sofern die Bestimmungen des Testaments über die Nacherbschaft im einzelnen Fall durch die Entwicklung der Verhältnisse unzuweckmäßig und dem Grundgedanken des Testaments hinderlich geworden sind, mit den mutmaßlichen nacherben bindende Vereinbarungen über den endgültigen Eintritt der Nacherbfolge treffen (curs. NB).'<sup>166</sup>

De *Testamentsvollstreckern* konden op deze manier het *tijdstip* waarop de *Nacherbfolge* intreedt, bepalen. Het bijzondere lag, zoals Halding-Hoppenheit opmerkt, daarin dat:

'mit der Bestimmung des Zeitpunktes des Nacherbfalles zugleich *auch festgelegt worden wäre, welche Personen Nacherben werden* (curs. NB).'<sup>167</sup>

Ofwel, nog anders verwoord:

'Bei der Eigenart der vom Erblasser getroffenen Verfügung würde mit der Bestimmung des Zeitpunkts, in dem die Nacherbfolge eintreten soll, *zugleich festgelegt werden, welche Personen die Erbschaft als Nacherben erhalten und gegebenenfalls welche Personen endgültig im Genuss der Erbschaft verbleiben sollen* (curs. NB).'<sup>168</sup>

In hoeverre botst dit met § 2065 II BGB? Het *Bundesgerichtshof* oordeelde als volgt:

'Allgemein ist daran festzuhalten, daß der Erblasser nach § 2065 Abs. 2 BGB nicht die Bestimmung, sondern *nur die Bezeichnung* der Person des Bedachten oder des Gegenstandes der Zuwendung einem Dritten überlassen kann. Nur um die Bezeichnung der Person des Bedachten oder des Gegenstandes der Zuwendung durch einen Dritten handelt es sich, wenn der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung hinsichtlich der Person des Bedachten oder des Gegenstandes der Zuwendung diejenigen Angaben gemacht hat, die es jeder mit genügender Sachkunde ausgestatteten Person ermöglichen,

*richts in Zivilsachen*, Volume 159, S. 299 d.d. 6 februari 1939] wiederholt ausdrücklich dahinstehen lassen – zuletzt in einem Beschluß aus dem Jahre 1965 [Beschl. V. 14. 7.1965, NJW 65, 2201]. Aus einem Urteil vom Jahre 1954 [zie de hierboven weergegeven uitspraak BGH Urteil vom 18. 11. 1954] läßt sich jedoch der schluß ziehen, daß der BGH *grundsätzlich dahin neigt, schärfere Maßstäbe anzulegen* (curs. NB).'

165. BGH 18 november 1954, NJW 1955, 100.

166. BGH 18 november 1954, NJW 1955, 100.

167. Halding-Hoppenheit 2003, p. 67.

168. Bundesgerichtshof Urteil vom 18.11.1954, Aktenzeichen: IV ZR 152/54.

den Bedachten oder den Gegenstand der Zuwendung auf Grund dieser Angaben zu bezeichnen, ohne daß ihr eigenes Ermessen dabei bestimmend oder mitbestimmend ist. Die von dem Erblasser zu machenden Angaben müssen so bestimmt sein, daß dadurch die zu treffende Bezeichnung für diejenigen Personen, die die erforderliche Sachkunde besitzen, objektiv bestimmt ist (curs. NB).<sup>169</sup>

Het *Bundesgerichtshof* wuift hiermee de opvatting van het *Reichsgericht*, dat de *Auswahlentscheidung* ook een *reines Werturteil* kan omvatten, weg. § 2065 II BGB wordt evenwel niet zo strikt opgevat dat er, zoals zijn letterlijke bewoordingen kunnen doen vermoeden, geheel geen plaats is voor een *Auswahlermessen*. Het *Bundesgerichtshof* ziet enkel ruimte voor een *Bezeichnung*<sup>170</sup> van de erfgenamen of erfdelen door een derde, maar niet voor een *Bestimmung*. Lange/Kuchinke merkt bij deze uitspraak van het *Bundesgerichtshof* op dat:

'Auch die Bezeichnung setzt eine Würdigung voraus, die allerdings an den in der Verfügung zum Ausdruck gekommenen Willen des Erblassers gebunden ist; es handelt sich um ein *gebundenes Auswahlermessen*.<sup>171</sup>

Wat dus niet is toegestaan is een *freie Auswahlermessen*. Het *Bundesgerichtshof* keert *Drittbestimmung* naar eigen inzicht de rug toe en sluit daarmee nauwer aan bij de bewoording in § 2065 II BGB.<sup>172</sup> Onder anderen Kipp/Coing, Sünner en Halding-Hoppenheit onderschrijven deze opvatting.<sup>173</sup>

### 3.3.5.3. Tussenconclusie

Welke argumenten in de literatuur vóór en tegen de hierboven genoemde opvattingen bestaan, evenals een schets van de overige jurisprudentie ten aanzien van § 2065 BGB, laat ik buiten beschouwing.<sup>174</sup> Een behandeling hieromtrent zou namelijk het bestek van dit onderzoek te buiten gaan, omdat dit onderzoek zich niet richt op de mogelijkheden van wilsdelegatie in het *Duitse* recht, maar op die in het *Nederlandse* recht. Met bovenstaande uiteenzetting van de wettelijke *uitzonderingen* op het verbod van *Drittbestimmung* en korte schets van de rechtspraak van het *Reichsgericht* en het *Bundesgerichtshof* wil ik enkel laten zien dat het *Verbot* niet bikkelhard geldt en relativering mogelijk is. De wet maakt zelf een aantal *uitzonderingen*, onder andere voor het legaat en de last. In feite ziet § 2065 II BGB dan ook louter op de erfstelling. Maar ook hier wankelt het. De krenkende angel is door de rechtspraak (met name door de uitspraak van het *Reichsgericht*, waarbij een '*reines Werturteil*' van een derde werd

169. BGH 18 november 1954, NJW 1955, 101.

170. Onder *Bezeichnung* verstaat het *Bundesgerichtshof* (BGH 18 november 1954, NJW 1955, 101): 'Angaben [...] die es jeder mit genügender Sachkunde ausgestatteten Person ermöglichen, den Bedachten oder den Gegenstand der Zuwendung auf Grund dieser Angaben zu bezeichnen, ohne daß ihr eigenes Ermessen dabei bestimmend oder mitbestimmend ist.' Zie ook Frey 1999, p. 20.

171. Lange/Kuchinke 2001, p. 544.

172. Zie over de uitspraak van het *Bundesgerichtshof* ook Grossfeld 1968, p. 114; Sünner 1969, p. 66 e.v.; Wagner 1997, p. 21, 61-63, 71 e.v.; Schlüter 2000, p. 56; Leipold 2006, nr. 284; Brox/Walker 2010, nr. 97; Hausmann/Hohloch 2010, p. 398.

173. Kipp/Coing 1978, p. 124; Sünner 1969, p. 78; Halding-Hoppenheit 2003, p. 70 e.v.

174. Zie voor een overzicht van de verschillende argumenten die in de literatuur zijn verdedigd Halding-Hoppenheit 2003, p. 64 e.v.



toegestaan en door de gedeeltelijke ondersteuning hiervan in de literatuur) uit het *Drittbestimmungsverbot* getrokken. Dit *Verbot* had overigens mijns inziens sowieso al niet veel omhanden, zo betoogde ik reeds in het eerste hoofdstuk ('Testeervrijheid'). Met het in kaart brengen van de testeervrijheid en haar grenzen speurde ik, aan de hand van Duitse literatuur, tevens de rechtvaardiging van een delegatieverbod na.<sup>175</sup> Tussen de regels door gelezen, werd duidelijk dat achter de *Regelungsziele* van § 2065 BGB (dat erfflater de verantwoordelijkheid over zijn laatste wil niet op anderen mag afschuiven) geen overtuigende rechtvaardiging schuilgaat. Hierover nog enkele aanvullende opmerkingen in de volgende paragraaf.

### 3.4. Sinn und Zweck van het *Drittbestimmungsverbot*

#### 3.4.1. Inleidend

De vraag naar de functie van de *materielle Höchstpersönlichkeit* komt in de Duitse literatuur uitgebreid aan bod.<sup>176</sup> Zo wordt § 2065 BGB en het daarin gelegen *Drittbestimmungsverbot*, onder meer in verband gebracht met:

1. 'Die Verhinderung einer unbeschränkten Übertragung der Privatautonomie' resp. 'Schutz der Privatautonomie' resp. 'Schutz vor einer Selbstaufgabe der Testierfreiheit',<sup>177</sup> oftewel het waarborgen van de testeervrijheid.
2. 'Die Selbstentscheidung des Erblassers zum Schutz der Familie' resp. 'Schutz der gesetzlichen Erben/ Erbfolge und Versorgungsfunktion des Nachlasses'<sup>178</sup> evenals 'Große Bedeutung der letztwilligen Verfügung für die Angehörigen des Erblassers'.<sup>179</sup> § 2065 BGB zou met andere woorden noodzakelijk zijn met het oog op de bescherming van de familie.
3. 'Fortsetzung der Persönlichkeit des Erblassers im Erben'.<sup>180</sup> Ik zal deze functie hierna duiden als 'Persoonlijkeïdsopvolging'.
4. 'Das Bekenntnis zur Eigenverantwortlichkeit als konsequente Fortführung allgemein geltender Beschränkungen im Vertretungsrecht'.<sup>181</sup> Het verbod van *Drittbestimmung* zou voortvloeien uit de algemene regels van het vertegenwoordigingsrecht.
5. 'Die ausschließliche "Autorität" des Erblassers und die "friedenstiftende Funktion" des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit' resp. 'Streben nach einer 'richtigen'

175. Zie subparagraaf 1.2.2.2 'Intermezzo: een delegatieverbod omwille van de testeervrijheid' en subparagraaf 1.3.4 'Delegatieverbod?'.  
 176. Zie Grossfeld 1968, p. 116 e.v.; Sens 1990, p. 69 e.v.; Zimmermann 1991, p. 23 e.v.; Wagner 1997, p. 31 e.v.; Frey 1999, p. 76 e.v.; Lange/Kuchinke 2001, p. 543; Halding-Hoppenheit 2003, p. 109 e.v.

177. Hierover Grossfeld 1968, p. 116; Sens 1990, p. 69-70; Frey 1999, p. 85-86; Halding-Hoppenheit 2003, p. 134-137.

178. Hierover Grossfeld 1968, p. 118; Stiegeler 1985, p. 61 e.v.; Sens 1990, p. 70-78; Wagner 1997, p. 33-36; Frey 1999, p. 77 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 110-118. Zie hierover ook Helms 2007, p. 4.

179. Hierover Frey 1999, p. 83-84.

180. Hierover Sens 1990, p. 78-83.

181. Hierover Grossfeld 1968, p. 117; Wagner 1997, p. 41-43.

- Nachlaßverteilung'.<sup>182</sup> Dit argument hangt samen met de gedachte dat familie in het erfrecht bescherming behoeft (vgl. punt 2).
6. 'Verhinderung von Missbräuchen', 'Schutz vor der Gefahr der Erbschleicherei' alsook 'Schutz vor Verfälschung des Erblasserwillens'.<sup>183</sup> Met de mogelijkheid om te delegeren ligt ook het gevaar van verkeerde beïnvloedingen, vervalsing en misbruik op de loer.
  7. 'Die Vermeidung unklarer Situationen' resp. 'Gewährleistung von Klarheit und Sicherheit der Erbfolgeregelung zum Schutze des Rechtsverkehrs' resp. 'Die Mißbilligung der Drittbestimmung als Instrument zur Vermeidung unklarer Situationen'.<sup>184</sup> Onduidelijke en onzekere situaties dienen met het oog op het rechtsverkeer te worden vermeden.
  8. 'Die Höchstpersönlichkeit als gesellschaftspolitisches Anliegen' resp. 'Schutz vor sozial unerwünschter Vermögenskonzentration' resp. 'Verhinderung einer Vermögenskonzentration'.<sup>185</sup> oftewel het verhinderen van een ongewenste vermogensconcentratie.
  9. 'Das Drittbestimmungsverbot als notwendige Ergänzung zu § 2064 BGB'.<sup>186</sup> Met het formele aspect van het hoogstpersoonlijke gaat een materieel aspect hand in hand, zo is de gedachte.

In het hoofdstuk over de testeervrijheid liet ik ten aanzien van een aantal van deze 'functies' al doorschemeren dat het niet gemakkelijk is om aan hen een behoorlijke rechtvaardiging voor een delegatieverbod (en daarmee beperking van de testeervrijheid) toe te schrijven. Als aanvulling op de paragrafen 1.2.2.2 en 1.3.4 (maar dan bekeken vanuit de invalshoek *Sinn und Zweck* van het *Drittbestimmungsverbot*) zet ik in grote lijnen de kritiek die op deze 'rechtvaardigingsgronden' is geuit, hierna op een rij. Ik behandel hierbij overigens de functies genoemd onder 2 en 5 vanwege hun verwantschap tezamen onder de noemer 'bescherming versterferfgenamen'. Ook de functies onder 1 en 4 worden gezamenlijk behandeld. De parallel die onder 4 wordt getrokken met het algemene vertegenwoordigingsrecht en daarmee met rechtshandelingen onder levenden, staat namelijk in nauwe context met de 'waarborging van de testeervrijheid'.

### 3.4.2. *Waarborging testeervrijheid*

Zoals in het eerste hoofdstuk werd aangestipt, zijn er auteurs die § 2065 BGB zien als een waarborging van de testeervrijheid, omdat, zo vat Frey het samen:

'die Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf einen Dritten nach dem Erbfall weder vom Erblasser kontrolliert noch rückgängig gemacht werden könne, stelle dies einen weitgehenden Verzicht auf die

182. Hierover Grossfeld 1968, p. 118 e.v.; Stiegeler 1985, p. 66 e.v.; Sens 1990, p. 85-89; Wagner 1997, p. 43-48; Halding-Hoppenheit 2003, p. 118-128.

183. Hierover Zimmermann 1991, p. 36 e.v.; Frey 1999, p. 84-85 en p. 87-89; Halding-Hoppenheit 2003, p. 140-141.

184. Hierover Wagner 1997, p. 32-33; Frey 1999, p. 89-95; Halding-Hoppenheit 2003, p. 132-133.

185. Hierover Grossfeld 1968, p. 118-119; Sens 1990, p. 83-85; Wagner 1997, p. 36-40; Frey 1999, p. 86-87; Halding-Hoppenheit 2003, p. 129-132.

186. Hierover Halding-Hoppenheit 2003, p. 137-140.

eigene Rechtsausübung dar, welcher der als Grundewert anerkannten Privatautonomie widerspreche.<sup>187</sup>

De opvatting dat het *Drittbestimmungsverbot* noodzakelijk is omdat 'die Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf einen Dritten nach dem Erbfall weder vom Erblasser kontrolliert noch rückgängig gemacht werde könne' en dat *Drittbestimmung* een 'weitgehenden Verzicht auf die eigene Rechtsausübung' met zich brengt waardoor de testeervrijheid wordt prijsgegeven,<sup>188</sup> overtuigt mij niet. Tijdens leven kan de erflater in beginsel de uiterste wilsbeschikking steeds herroepen. Dit is slechts anders indien hij wilsonbekwaam is. Na overlijden is het met deze mogelijkheid tot herroeping weliswaar *schluss*, maar de kaarten liggen er in dit geval ook anders bij. Want:

'Denn hier ist der Erblasser dann, wenn die Ermächtigung zum Tragen kommt, bereits verstorben.'<sup>189</sup>

En:

'Der Erblasser kann nach seinem Tode keine eigene Vorstellungen mehr bilden. Außerdem ist er selbst in seinen Vermögensinteressen nicht mehr schutzbedürftig, denn er hat keine Vermögensinteressen mehr.'<sup>190</sup>

Waarom dient erflater na zijn overlijden nog bescherming te genieten? Erflater zal van zijn handelingen immers geen vermogensrechtelijk nadeel kunnen ondervinden. Bovendien zou een gewenste 'ongedaanmaking' evenals de controle en het tot verantwoording roepen van de gedelegeerde, mijns inziens, zoals ik ook in het eerste hoofdstuk opmerkte, nochtans kunnen plaatsvinden door het benoemen van een *Testamentsvollstrecker*. Als vertegenwoordiger van erflater<sup>191</sup> kan deze vertrouwenspersoon een oogje in het zeil houden en de gedelegeerde, indien nodig, controleren, ter verantwoording roepen<sup>192</sup> en op zijn handelen 'aanpakken'. Van het prijsgeven van de testeervrijheid is dan ook naar mijn mening geen sprake. Zo vinden ook Halding-Hoppenheit, Frey, Sens en Zimmermann.<sup>193</sup>

187. Frey 1999, p. 85. Zie ook subparagraaf 1.2.2.2 'Intermezzo: een delegatieverbod omwille van de testeervrijheid'.

188. Zie Grossfeld 1968, p. 117 en Lange/Kuchinke 2001, p. 543. Zie ook subparagraaf 1.2.2.2 'Intermezzo: een delegatieverbod omwille van de testeervrijheid'.

189. Halding-Hoppenheit 2003, p. 135-136.

190. Sens 1990, p. 70.

191. B. Schols 2007a, p. 54.

192. Wagner 1997, p. 42-43 ziet in het niet tot verantwoording kunnen roepen van de gedelegeerde een indirect bezwaar tegen wilsdelegatie.

193. Sens 1990, p. 69 e.v.; Zimmermann 1991, p. 27; Frey 1999, p. 86; Halding-Hoppenheit 2003, p. 135 e.v. Frey wijst overigens nog op § 2151 BGB (de door de wetgever gemaakte uitzondering op § 2065 II BGB ten aanzien van het legaat). De wetgever heeft in dit geval kennelijk geen moeite gehad met het prijsgeven van de testeervrijheid.

### 3.4.3. *Bescherming versterferfgenamen*

Het argument dat wilsdelegatie onwenselijk is omwille van de bescherming van de versterferfgenamen,<sup>194</sup> past naar het oordeel van Halding-Hoppenheit, Wagner en Sens niet meer in het huidige tijdsbeeld.<sup>195</sup> Ik schreef al hierover in paragraaf 1.3.4.2, in het kader van de reikwijdte van de testeervrijheid. In deze paragraaf deelde ik de mening dat de bescherming van de versterferfgenamen vandaag de dag geen rechtvaardiging voor een delegatieverbod kan zijn. Om niet te zeer in herhaling te treden ten aanzien van hetgeen reeds is opgemerkt, zal hierna enkel een summiere toelichting worden gegeven op deze omstreden functie van het *Drittbestimmungsverbot*. Voor een uitgebreidere toelichting verwijs ik naar Sens, Wagner, Frey en Halding-Hoppenheit, evenals naar mijn opmerkingen hierover in subparagraaf 1.3.4.2.<sup>196</sup>

Bekeken vanuit de invalshoek *Sinn und Zweck* van het *Drittbestimmungsverbot* kan worden gesteld dat de hierboven genoemde functies die te maken hebben met de bescherming en verzorging van familieleden/ versterferfgenamen (punt 2 en 5) thans geen naam mogen hebben. Het hoogtij vierende individualisme en veranderingen in het sociale klimaat hebben namelijk een fundamentele ommekeer in het rechtsdenken teweeggebracht, waardoor het accent van *familievermogen* en versterferfrecht is verschoven naar *eigen* vermogen en testeervrijheid.<sup>197</sup> Een *Drittbestimmungsverbot* wenselijk achten omwille van de bescherming van de familie overtuigt hierdoor niet (meer). Of, zoals Sens het kernachtig verwoordt:

'Der stark ausgeprägte Familienschutzgedanke, der hinter der Regelung des § 2065 II BGB steht, war zur Zeit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs gerechtfertigt, während er es heute nicht mehr ist.'<sup>198</sup>

Mocht hierover anders gedacht worden en al met al toch behoefte aan een zekere bescherming van de versterferfgenamen bestaan, dan kan de vraag worden gesteld of een *Drittbestimmungsverbot* hiertoe wel het geschikte middel is.<sup>199</sup> Deze vraag wordt

194. Vgl. Sens 1990, p. 71: 'Das Argument von der Schutzbedürftigkeit der gesetzlichen Erben findet sich schon in den Protokollen. Dort heißt es, [...] Das Erbrecht beruhe auf der Familie und dieser müsse das Vermögen möglichst erhalten bleiben; die Testierfreiheit sei nur zugelassen, um den individuellen Verhältnissen des Einzelfalls Rechnung tragen zu können. Wenn der Erblasser die Verfügung nicht treffen könne, solle er den Dingen ihren Lauf lassen.'

195. Sens 1990, p. 75 e.v.; Wagner 1997, p. 35; Halding-Hoppenheit 2003, p. 111 e.v.

196. Sens 1990, p. 75 e.v.; Wagner 1997, p. 35; Frey 1999, p. 79-83; Halding-Hoppenheit 2003, p. 111 e.v. en subparagraaf 1.3.4.2 onder A 'Schutz der gesetzlichen Erben also Schutz der Familie'. Frey is eveneens van mening dat de bescherming van de familie niet *Sinn und Zweck* van het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke kan zijn. Hij stoelt deze mening evenwel op andere gronden. Zo maakt hij de vergelijking met legaten en het toeval en merkt hij in dit kader op dat: 'Im Vermächtnisrecht sowie bei Zufallsbedingungen besteht die Schutzbedürftigkeit der Familie nämlich gleichermaßen, obgleich dort eine Entscheidungsüberlassung zulässig ist, bzw. der Erblasser keine eigene Entscheidung hinsichtlich des Zuwendungsempfängers treffen muß. Schließlich würde die Verwirklichung des Familienschutzes bei der vorherrschenden Konzeption der Höchstpersönlichkeit zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Testierfreiheit führen.'

197. Zie voor deze ontwikkeling ook Sens 1990, p. 72 e.v., waarbij zij ingaat op het spanningsveld tussen familie-erfrecht en testeervrijheid. Over dit spanningsveld ook: Henrich & Schwab 2001.

198. Sens 1990, p. 78. Zie voor commentaar hierop: Frey 1999, p. 80.

199. Zie ook subparagraaf 1.3.4.2 onder A 'Schutz der gesetzlichen Erben also Schutz der Familie'.

door Halding-Hoppenheit, Kuchinke, Frey, Wagner en Zimmermann ontkennend beantwoord.<sup>200</sup> Enerzijds strookt de gedachte van het beschermen van de versterferfgenamen door middel van een *Drittbestimmungsverbot* niet met de door de wetgever gemaakte uitzondering op dit verbod ten aanzien van het legaat, noch leidt de uit het verbod voortvloeiende nietigheid steeds tot een bevoordeling van de versterferfgenamen (zie Halding-Hoppenheit, Frey en Wagner). Anderzijds impliceert het toestaan van wilsdelegatie niet noodzakelijkerwijs een benadeling van de versterferfgenamen (Zimmermann, Kuchinke en Halding-Hoppenheit; zie ook subparagraaf 1.3.4.2).

Ook de hiermee samenhangende gedachte van Grossfeld, Stiegeler, Sens en Wagner dat *alleen* de erfater bevoegd is om van het versterferfrecht af te wijken ('ausschließliche Autorität des Erblassers'), omdat – globaal gezegd – anders geen behoorlijke verdeling kan plaatsvinden, dan wel de versterferfgenamen voor hen nadelige gevolgen enkel van erfater accepteren ('friedenstiftende Funktion', zie punt 5),<sup>201</sup> kan niet *Sinn und Zweck* van het *Drittbestimmungsverbot* zijn.<sup>202</sup> Mijns inziens kennen de aanhangers van deze gedachte eveneens te veel gewicht toe aan het zojuist ontkrachte belang van 'Schutz der gesetzlichen Erben'. De band met de familie is in de huidige maatschappij sterk afgezwakt en geen vanzelfsprekendheid. Waarom dan nog zoveel waarde hechten aan een eerlijke verdeling voor de versterferfgenamen en de acceptatie van de door de uitvoering van de uiterste wil teweeggebrachte gevolgen? En waarom, zoals ook Halding-Hoppenheit<sup>203</sup> stelt, niet het vertrouwen hebben in erfaters (bewuste) keuze om zijn wil aan een derde te delegeren? Het is toch zo dat *erfaters wil* prevaleert op het versterferfrecht. Een wil die mijns inziens ook kan inhouden het inschakelen van een derde door middel van wilsdelegatie (zolang het maar niet om een ongebreidelde wilsdelegatie gaat).<sup>204</sup> Wellicht dat deze derde in zijn beslissing met de belangen van de versterferfgenamen zelfs beter rekening kan houden dan de erfater die zijn uiterste wilsbeschikkingen jaren geleden maakte toen omstandigheden er nog anders uitzagen.

#### 3.4.4. Voorkomen van ongewenste vermogensconcentratie

Naast het waarborgen van de testeervrijheid en het beschermen van de versterferfgenamen signaleert Grossfeld nog een 'functie' van het *Drittbestimmungsverbot*, te weten: het voorkomen van een ongewenste vermogensconcentratie. Wilsdelegatie zou een 'Verewigung des Erblasserswillens' en daarmee 'sozial unerwünschten Vermögens-

200. Zie Zimmermann 1991, p. 26; Wagner 1997, p. 35 e.v.; Frey 1999, p. 79 e.v.; Lange/Kuchinke 2001, p. 543; Halding-Hoppenheit 2003, p. 115 e.v. Kritiek op Zimmermann wordt geuit door Frey 1999, p. 79-80.

201. Zie Grossfeld 1968, p. 118 e.v.; Stiegeler 1985, p. 68 e.v.; Sens 1990, p. 85 e.v.; Wagner 1997, p. 43 e.v.

202. Voor een gedetailleerde aanval op de visie van Grossfeld, Stiegeler en Sens zie de opmerkingen van Wagner 1997, p. 44 e.v. en Halding-Hoppenheit 2003, p. 119 e.v. Voor kritiek op Wagners 'friedenstiftende Funktion des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit' zie Halding-Hoppenheit 2003, p. 126 e.v.

203. Halding-Hoppenheit 2003, p. 125.

204. Zie hierover mijn opmerkingen in subparagraaf 1.2.2.2 'Intermezzo: een delegatieverbod omwille van de testeervrijheid'.

konzentration' in de hand kunnen werken.<sup>205</sup> De vraag kan worden gesteld of dit inderdaad zo is en of *Drittbestimmung* niet juist ook kan leiden tot een versplintering van vermogen.<sup>206</sup>

Zoals in paragraaf 1.3.4.2 aan bod is geweest, ontleent Grossfeld deze 'functie' van het *Drittbestimmungsverbot* aan de Franse revolutie. Een revolutie waarin de vermogensconcentratie van adellijke families in Frankrijk erfrechtelijk is aangepakt. Grossfeld merkt op dat:

'Der Einfluß solcher Gedankengänge [dat een *Drittbestimmungsverbot* ertoe dient om ongewenste vermogensconcentratie te voorkomen, toev. NB] auf die Regelung des § 2065 BGB ist nicht unmittelbar nachweisbar.'<sup>207</sup>

Toch is hij van mening dat het BGB mede door de ideeën van de Franse revolutie is beïnvloed. En stelt hij dat:

'Die Erhaltung von Vermögenseinheiten ist nicht das Ziel des Bürgerlichen Gesetzbuches.'<sup>208</sup>

Grossfeld beroept zich hierbij op enkele voorschriften uit het BGB die zijns inziens *versplinterend* werken, zoals de regeling van de legitieme en erfrechtelijke bepalingen die een termijn van maximaal dertig jaren kennen.<sup>209</sup> Door Sens en Halding-Hoppenheit wordt evenwel terecht opgemerkt dat de bepaling die door Grossfeld worden genoemd niet op het versplinteren van vermogen zien. De legitieme portie is namelijk in het leven geroepen omwille van de bescherming/verzorging van afstammelingen en termijnen van dertig jaren (zoals § 2162 BGB)<sup>210</sup> kunnen er bijvoorbeeld zijn ten genoegen van het rechtsverkeer.<sup>211</sup> Dat het argument om het *Drittbestimmungsverbot* te zien als een middel om vermogensconcentratie te voorkomen thans niet sterk is, geeft Grossfeld evenwel ook zelf toe:

'Man bedarf aber die durch die Auswahlbefugnis des Dritten herbeigeführte Konzentrationswirkung nicht überschätzen. Zudem erscheint der sozialpolitische Gedanke einer mechanischen aufsplitterung durch das Erbrecht als nicht mehr ganz überzeugend. Der Grund dafür liegt darin, daß sich seit dem Ende des neunzehnten Jahrhunderts die wirtschaftlichen Voraussetzungen gewandelt haben. Heute ist die Zerschlagung durch das Erbrecht eher geeignet, die Unternehmenskonzentration zu fördern als zu hindern.'<sup>212</sup>

205. Grossfeld 1968, p. 118 e.v.

206. Vgl. Wagner 1997, p. 38.

207. Grossfeld 1968, p. 120.

208. Grossfeld 1968, p. 120.

209. Hierover ook Wagner 1997, p. 39-40.

210. § 2162 BGB bepaalt dat: '1. Ein Vermächtnis, das unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet ist, wird mit dem Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher die Bedingung oder der Termin eingetreten ist.

2. Ist der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht gezeugt oder wird seine Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt, so wird das Vermächtnis mit dem Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Bedachte gezeugt oder das Ereignis eingetreten ist, durch das seine Persönlichkeit bestimmt wird.'

211. Sens 1990, p. 84-85; Halding-Hoppenheit 2003, p. 131-132.

212. Grossfeld 1968, p. 121-122.

### 3.4.5. *Persoonlijkheidsopvolging*

Het argument dat 'Das Individuum [de erflater, toev. NB] lebe in seinem Erben fort' kan, zoals Sens uitgebreid uiteenzet, evenmin overeind blijven als rechtvaardiging van het *Drittbestimmungsverbot*.<sup>213</sup> Want:

'Gegenstand der Erbfolge ist nicht die Persönlichkeit des Erblassers, sondern *nur sein Vermögen* (curs. NB).'<sup>214</sup>

De 'saisine' ziet puur op de vermogensrechtelijke aangelegenheden. De erfgenamen continueren erflater slechts van rechtswege in zijn activa en passiva. Van een persoonlijkheidsopvolging is geen sprake. Wil de erflater zijn persoonlijkheid laten gelden, dan kan hij dit bewerkstelligen met behulp van een last.

### 3.4.6. *Bescherming van het rechtsverkeer*

Het behoeft geen betoog dat het rechtsverkeer gebaat is bij zekerheid en duidelijkheid. Overlijdt een persoon, dan is het voor bijvoorbeeld schuldeisers zeer wenselijk dat zij weten bij wie zij verhaal kunnen halen. De ongerustheid heeft bestaan dat *Drittbestimmung* deze zekerheid en duidelijkheid tekort zou doen. Wat immers als de gedelegeerde de bevoegdheid heeft om de erfgenamen aan te wijzen, maar zijn keuze hieromtrent vanwege laksheid uitblijft? Zou dan na het openvallen van de nalatenschap een *Schwebezustand* ontstaan waarmee schuldeisers van de nalatenschap, schuldeisers van potentiële erfgenamen, evenals de potentiële erfgenamen zelf, zich geen raad weten? En zou deze toestand het rechtvaardigen om een *Drittbestimmungsverbot* in de wet te verankeren?<sup>215</sup>

Zimmermann, Wagner, Frey en Halding-Hoppenheit betogen van niet.<sup>216</sup> Zij benadrukken dat onzekerheid en onduidelijkheid omtrent de erfgenamen in het erfrecht niet ongewoon zijn. Van *onduidelijkheid* is bijvoorbeeld sprake in de gevallen waarin een nalatenschap nog niet is aanvaard en van *onzekerheid* is sprake indien een erfstelling afhankelijk is gemaakt van een opschortende gebeurtenis (opschortende voorwaarde). Onzeker is immers of de gebeurtenis in de toekomst zal plaatsvinden. De wet voorziet volgens de Duitse auteurs evenwel zelf in een passende oplossing om deze onzekerheid de baas te zijn. § 2105 BGB bepaalt namelijk dat:

213. Sens 1990, p. 78-83. Dit argument werd kennelijk in vroegere geschriften als rechtvaardiging voor het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke genoemd.

214. Sens 1990, p. 83.

215. Zie Wagner 1997, p. 33; Frey 1999, p. 89 en Halding-Hoppenheit 2003, p. 132, die allen als bron voor deze 'functie' verwijzen naar 'Vogels, DR 1939, S. 310' (een aantekening bij de hierboven aangehaalde uitspraak van het *Reichsgericht*, die ik niet heb kunnen achterhalen). Bij legaten en lastbevoordelingen is overigens geen sprake van onzekerheid indien de bevoegdheid om de verkrijger(s) te bepalen aan een derde is gedelegeerd. Hier gaat het immers niet om een opvolging onder algemene titel.

216. Zimmermann 1991, p. 39-40; Wagner 1997, p. 32-33; Frey 1999, p. 91 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 132-133.

I. Hat der Erblasser angeordnet, dass der eingesetzte Erbe die Erbschaft *erst mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses* erhalten soll, ohne zu bestimmen, wer bis dahin Erbe sein soll, so sind die *gesetzlichen Erben* des Erblassers die Vorerben.

II. Das Gleiche gilt, wenn die Persönlichkeit des Erben durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt werden soll oder wenn die Einsetzung einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht gezeugten Person oder einer zu dieser Zeit noch nicht entstandenen juristischen Person als Erbe nach § 2101 als Nacherbeinsetzung anzusehen ist (curs. NB).<sup>217</sup>

Is de erfstelling afhankelijk gemaakt van een onzekere toekomstige gebeurtenis en heeft de erflater niet bepaald wie erfgenaam is totdat deze gebeurtenis heeft plaatsgevonden, dan treden als erfgenaam op: *de versterferfgenamen*. Zij zijn erfgenamen onder ontbindende voorwaarde.

In paragraaf 1.3.4.2 maakte ik er notitie van dat de aanvankelijke onzekerheid die wilsdelegatie mee kan brengen tussen het moment dat de nalatenschap openvalt en het moment waarop de gedelegeerde zijn keuze maakt, wordt ondervangen door hetgeen ik de 'voorwaarden-constructie' noemde. Deze constructie is gelijk aan de idee van § 2105 BGB. Bovengenoemde auteurs zien hierin de troef om in het geval van *Drittbestimmung* niet voor onzekere situaties te hoeven vrezen. Tot het moment waarop de aanwijzing door de gedelegeerde plaatsvindt (de opschortende voorwaarde), treden de versterferfgenamen voor wat de activa en passiva betreft in erflaters voetsporen. Vindt de *Drittbestimmung* plaats, dan wordt dit stokje overgenomen door degene(n) die de gedelegeerde als erfgenaam heeft aangewezen. Van buitengewone rechtsonzekerheid, dat een *verbod* op *Drittbestimmung* zou rechtvaardigen, is dan ook geen sprake.<sup>218</sup>

### 3.4.7. Voorkomen van misbruik, vervalsing en verkeerde beïnvloedingen

De 'functies' 'Verhinderung von Missbräuchen', 'Schutz vor der Gefahr der Erbschleicherei' en 'Schutz vor Verfälschung des Erblasserwillens' kunnen het *Drittbestimmungsverbot* evenmin rechtvaardigen.<sup>219</sup> Weliswaar kan erflater na zijn dood de gedelegeerde zelf niet meer controleren, hij kan evenwel bij het verlenen van de *Drittbestimmung* precies aangeven hoe ver de bevoegdheid reikt. Wenst erflater dat de gedelegeerde zichzelf *niet* als begunstigde aanwijst, dan kan hij deze mogelijkheid bij de *Drittbestimmung* uitsluiten. Een erflater die dit niet doet, heeft kennelijk geen bezwaar tegen een zelfbegunstiging van de derde.<sup>220</sup>

217. Zie ook § 2103: 'Hat der Erblasser angeordnet, dass der Erbe mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses die Erbschaft einem anderen herausgeben soll, so ist anzunehmen, dass der andere als Nacherbe eingesetzt ist.'

218. Zimmermann 1991, p. 39-40; Wagner 1997, p. 32-33; Frey 1999, p. 91 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 89-94 en p. 133. Frey merkt overigens op dat § 2105 BGB het onverlet laat dat erflater uitdrukkelijk bepaalde personen tot 'Vorerben' benoemt. Tot de gedelegeerde zijn keuze omtrent de erfgenamen heeft gemaakt, zullen deze door erflater benoemde 'Vorerben' het aanspreekpunt voor schuldeisers van de nalatenschap zijn. Op de 'voorwaarden-constructie' kom ik uitgebreider terug in paragraaf 5.2. Zie in dit kader ook Kleijn 1969, p. 296.

219. Zie hierover Zimmermann 1991, p. 36 e.v.; Frey 1999, p. 84-85 en p. 87-89 en Halding-Hoppenheit 2003, p. 140-141.

220. Zimmermann 1991, p. 37; Halding-Hoppenheit 2003, p. 141.



Dat de derde zijn boekje toch te buiten kan gaan door de grenzen van zijn bevoegdheid te negeren, is (zoals ik in paragraaf 1.2.2.2 en 1.3.4.1 reeds opmerkte) geen argument waarmee het *Drittbestimmungsverbot* kan worden verdedigd. Dit misbruikrisico bestaat immers ook bij rechtshandelingen tijdens leven, waarvoor in beginsel geen absolute beperkingen voor de vertegenwoordiger gelden. Bovendien zou controle op de gedelegeerde kunnen worden uitgeoefend door de *Testamentvollstrecker*.

Zou het doel van § 2065 BGB toch gelegen zijn in het voorkomen van misbruik, vervalsing of verkeerde beïnvloedingen van de derde, dan heeft de wetgever dit doel niet consequent nagestreefd. Hij heeft *Drittbestimmung* bij *das Vermächtnis* namelijk wel toegestaan. Terwijl de kans op misbruik, vervalsing of verkeerde beïnvloedingen ook hier bestaat en de gedelegeerde, indien hij tot de afgebakende kring van personen behoort waaruit de keuze gemaakt dient te worden, zichzelf desondanks tot begunstigde kan benoemen.<sup>221</sup>

### 3.4.8. Aanvulling op § 2064 BGB

Naar het oordeel van de ontwerpers van het BGB vergde het beginsel van de *formelle Höchstpersönlichkeit* ook een *Drittbestimmungsverbot*, om zo omzeiling van het vertegenwoordigingsverbod bij het maken van de uiterste wil uit te sluiten.<sup>222</sup> § 2065 BGB wordt hiermee gezien als *notwendige Ergänzung* op § 2064 BGB.<sup>223</sup> Is dit terecht?

§ 2064 BGB behelst een vormvoorschrift, waarmee erflater wordt gedwongen tot een *bewustwording* van hetgeen hij erfrechtelijk wil.<sup>224</sup> *Drittbestimmung* doet aan deze bewustwording geen afbreuk.<sup>225</sup> Want:

*'Die Formerfordernisse können nicht eine materiell verantwortungsvolle Entscheidung gewährleisten, sie können den Erblasser sich seiner Verantwortung nur bewußt werden lassen. Entschließt sich dieser zu einer 'verantwortungslosen' Entscheidung, so ist dies sein freier Wille, der vom Recht auch sonst allenthalben respektiert und keiner Gerechtigkeits- oder Billigkeitskontrolle unterworfen wird (curs. NB).'*<sup>226</sup>

221. Zimmermann 1991, p. 37-39; Frey 1999, p. 85 en 88; Halding-Hoppenheit 2003, p. 141.

222. Hierover paragraaf 3.2.4 'Ontwerpen BGB'.

223. Zie ook subparagraaf 3.3.1 'Regelungsziele'. Zie hierover ook Zimmermann 1991, p. 35 e.v.; Halding-Hoppenheit 2003, p. 40 e.v.; p. 57 en p. 137-140; Hausmann/Hohloch 2010, p. 395. § 2064 BGB verlangt een door erflater hoogstpersoonlijk gemaakt *Testament* (resp. *letztwillige Verfügung*). *Testamente* kunnen onderscheiden worden in enerzijds *Ordentliche Testamente*, waartoe behoren het *Öffentliches Testament* in de zin van § 2232 BGB (het notarieel testament) en het *Eigenhändiges Testament* in de zin van § 2247 BGB (het onderhanse testament). En anderzijds *Außerordentliche Testamente*, waartoe onder andere behoren *Nottetestamente* en *Militärtestamente*.

224. Zie over de betekenis van de vormvoorschriften Zimmermann 1991, p. 28 e.v. Tevens wordt door § 2064 BGB voorkomen dat erflaters wil voor vervalsing vatbaar is. Zie in dit kader ook Halding-Hoppenheit 2003, p. 139. Vgl. mijn opmerkingen over de vormvereisten in paragraaf 1.3.2.3 'Vormvoorschriften'.

225. Zimmermann 1991, p. 31-33 en 35-36; Halding-Hoppenheit 2003, p. 139.

226. Zimmermann 1991, p. 32.

En:

'Durch die persönliche Errichtung wird erreicht, dass eine eigene Entscheidung des Erblassers vorliegt, für die er selbst die Verantwortung trägt. Besagt diese höchstpersönliche Willensentscheidung nun, dass ein Dritter den Erben bestimmen soll, so ist dies ebenfalls eine eigene Entscheidung des Erblassers. Die Forderung nach einer persönlichen Testamenterrichtung zwingt nicht dazu, diese Willensentscheidung für unzulässig zu erklären. Er ist der Wille des Erblassers und er wurde von ihm niedergelegt (curs. NB).'<sup>227</sup>

Oftewel, § 2064 BGB verlangt enkel dat erflater zijn *Testament* hoogstpersoonlijk maakt. En waarom zou een hoogstpersoonlijk gemaakt *Testament* dan niet ook *hoogstpersoonlijk gemaakte delegatiebevoegdheden* kunnen bevatten? § 2065 II BGB zien als noodzakelijke aanvulling op § 2064 BGB is sowieso niet te rijmen met de wettelijke uitzonderingen op het *Drittbestimmungsverbot*. Wie § 2065 II BGB in het leven roept vanwege vrees voor het omzeilen van de vormvoorschriften van § 2064 BGB dient consequent te zijn en kan vanuit dit oogpunt geen uitzonderingen op § 2065 II BGB dulden.<sup>228</sup>

### 3.4.9. Tussenconclusie

De tussenconclusie kan kort zijn: geen van alle in paragraaf 3.4 genoemde 'functies' kan het *Drittbestimmungsverbot* rechtvaardigen. Om de bovenstaande argumenten met hun falende rechtvaardiging te kunnen laten bezinken, hier toch resumerend de belangrijkste redenen voor dit falen puntsgewijs op een rij.

1. De testeervrijheid pleit eerder ervoor om wilsdelegatie toe te staan in plaats van het te verbieden.
2. Het argument dat wilsdelegatie onwenselijk is omwille van de bescherming van de versterferfgenamen past niet in het op het individu en gezin gerichte tijdsbeeld van tegenwoordig en een *Drittbestimmungsverbot* is bovendien niet het geschikte middel om de versterferfgenamen te beschermen. De uit het verbod voortvloeiende nietigheid leidt immers niet steeds tot een bevoordeling van versterferfgenamen en het toestaan van *Drittbestimmung* leidt niet beslist tot een benadeling van hen. Een derde kan wellicht zelfs beter rekening houden met de belangen van versterferfgenamen dan de erflater die zijn uiterste wil jaren geleden maakte. Uitgaande van het huidige tijdsbeeld zou erflaters wil (ook als deze wenst te delegeren) en zijn testeervrijheid dienen te prevaleren boven de bescherming van de versterferfgenamen en het versterferfrecht.
3. Het *Drittbestimmungsverbot* rechtvaardigen met het argument dat wilsdelegatie kan leiden tot een ongewenste vermogensconcentratie gaat thans evenmin op. Het is maar de vraag of vermogensconcentratie steeds *ongewenst* is en of wilsdelegatie hieraan bijdraagt. Wellicht zorgt het juist voor vermogensversplintering.

227. Halding-Hoppenheit 2003, p. 139-140.

228. Zo ook Halding-Hoppenheit 2003, p. 138.

4. De saisine brengt geen persoonlijkheidsopvolging mee die het verbod van § 2065 II BGB zou kunnen rechtvaardigen. De saisine ziet immers puur op vermogensrechtelijke aangelegenheden.
5. Het *Drittbestimmungsverbot* rechtvaardigen met een beroep op de rechtszekerheid kan ook niet slagen. Weliswaar kan wilsdelegatie rechtsonzekerheid en onduidelijkheid meebrengen, maar dit is in het erfrecht niet ongewoon. Bovendien voorziet de Duitse wet in een regeling, de 'voorwaarden-constructie' van § 2105 BGB, waardoor onzekerheid en onduidelijkheid door wilsdelegatie niet gevreesd hoeft te worden. Kortom, het *Drittbestimmungsverbot* omwille van het rechtsverkeer zou, mede gelet op § 2105 BGB, een te zware inbreuk zijn op erfslaters testeervrijheid.
6. Verandert het gevaar van misbruik, vervalsing of verkeerde beïnvloedingen (indien *Drittbestimmung* zou zijn toegestaan) door de derde hier dan nog iets aan? Het antwoord luidt ontkennend. De wetgever spreekt dit antwoord indirect zelf uit door een bepaalde *Drittbestimmung* bij het legaat toe te staan (§ 2151 e.v. BGB).<sup>229</sup> Voorts kan de erflater zelf aangeven waar de grenzen liggen van de bevoegdheidsverlening aan de derde. Dat er toch een misbruikrisico blijft bestaan, is voor bevoegdheidsverleningen tijdens leven niet anders.
7. Tot slot past het evenmin om het verbod te rechtvaardigen met een beroep op de *formelle Höchstpersönlichkeit* van § 2064 BGB, daar de wetgever dan ook de uitzonderingen op § 2065 II BGB niet had moeten toestaan en *Drittbestimmung* aan § 2064 BGB voorts geen afbreuk doet.

Wat kan dit Duitse uitstapje ons leren over de vraag of art. 4:42 lid 3 BW een materieel aspect van het hoogstpersoonlijke omvat en of dit aspect dan vervolgens een delegatieverbod impliceert? Ik ga op deze vraag hierna nader in.

### 3.5. Het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke en art. 4:42 lid 3 BW

#### 3.5.1. Inleidend

Het hierboven verrichte speurwerk naar de herkomst van *der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit*<sup>230</sup> en rechtvaardiging van § 2065 II BGB zal in deze paragraaf als basis dienen voor het antwoord op de vraag die ik in paragraaf 3.1 stelde: ligt in het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking, zoals dat tot uitdrukking komt in art. 4:42 lid 3 BW ('Een uiterste wilsbeschikking kan alleen bij uiterste wil en slechts door de erflater persoonlijk worden gemaakt en herroepen'), een *materieel aspect* besloten dat een delegatieverbod inhoudt?

229. Zie hierover subparagraaf 3.3.4.1 'Vermächtnis'.

230. Zie ook Fischer 1951 die voor de geschiedenis van het testament ook te rade gaat bij de uitgebreidere buitenlandse literatuur (zie voetnoot 1 van zijn opstel) omdat 'die geschiedenis in Nederland en in de ons omringende landen is beïnvloed door dezelfde factoren en derhalve zo hier als daar ongeveer hetzelfde verloop heeft gehad.'

### 3.5.2. Materieel aspect

#### 3.5.2.1. Art. 4:42 lid 3 BW ook materieel?

Art. 4:42 lid 3 BW bepaalt dat een uiterste wilsbeschikking alleen bij uiterste wil en slechts door de erfater persoonlijk kan worden gemaakt en herroepen. De vraag of art. 4:42 lid 3 BW een materieel aspect omvat, werd al beantwoord in paragraaf 2.5 waarin duidelijk werd dat art. 4:42 lid 3 BW het evenbeeld is van § 2064 BGB. Art. 4:42 lid 3 BW noemt met andere woorden enkel uitdrukkelijk het formele aspect van het hoogstpersoonlijke. Erfater kan zijn uiterste wilsbeschikkingen slechts persoonlijk *maken* en herroepen oftewel de *wilsverklaring* dient van erfater hoogstpersoonlijk te zijn. Hij mag zich hierbij niet laten vertegenwoordigen. Over een materieel aspect, zoals dat in Duitsland is opgenomen in § 2065 BGB en dat van erfater een onafhankelijke en in essentialia hoogstpersoonlijk bepaalde uiterste wilsbeschikking verlangt, laat de wetgever zich in art. 4:42 lid 3 BW niet uit. Toch zijn er auteurs die veronderstellen dat in dit artikel een materieel aspect is gelegen, dat een mogelijke barrière tegen wilsdelegatie kan inhouden.<sup>231</sup> Ik deel deze mening niet. Een materieel aspect van het hoogstpersoonlijke is immers niet uitdrukkelijk in art. 4:42 lid 3 BW neergelegd. Dit artikel omvat louter een formeel aspect. Dient in art. 4:42 lid 3 BW toch ook een materieel aspect te worden gelezen, dan zou het – zonder nadere wettelijke regelingen – gissen zijn naar de reikwijdte en betekenis van dit aspect. In paragraaf 3.5.2.3 en 3.5.2.4 ga ik nader op art. 4:42 lid 3 BW en zijn rol voor het delegatievraagstuk in.

Dat in art. 4:42 lid 3 BW (naar de letter van de wet) geen materieel aspect ligt besloten, betekent overigens niet dat het *beginsel van materiële hoogstpersoonlijkheid* ruwweg als niet bestaand terzijde moet worden geschoven. In meerdere rechtsstelsels is dit beginsel uitdrukkelijk in de wet terug te vinden.<sup>232</sup> En in het Nederlandse erfrecht sluimert het sinds jaar en dag rond, met name door opvattingen hierover in de literatuur.<sup>233</sup> Er heeft zich met andere woorden, zoals in paragraaf 3.2 naar voren kwam, door de eeuwen heen in het erfrecht een beginsel gevormd dat *wordt geduid* als de materiële hoogstpersoonlijkheid. Maar houdt dit beginsel nu werkelijk in dat erfater de (wezenlijke) inhoud en werking van zijn laatste wilsbeschikking *hoogstpersoonlijk* dient te bepalen, waardoor delegatie is uitgesloten?

In de onderstaande paragrafen zal ik mijn ingenomen standpunt dat in art. 4:42 lid 3 BW geen beginsel besloten ligt dat van erfater verlangt dat hij hoogstpersoonlijk zijn uiterste wilsbeschikking bepaalt, nader toelichten. Omdat aanknopingspunten over het

231. Breemhaar 1992, nr. 18, 42, 72 en 74-77; Kleijn 2004a, p. 82; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 221; B. Schols 2007a, p. 432 e.v.; Van Mourik 2008, nr. 46 (zie in dit kader ook Van Mourik 2013, nr. 46, waarin hij aangeeft dat de verwijzing naar de 'hoogstpersoonlijke aard' van de uiterste wilsbeschikking in de literatuur met weinig sympathie wordt omringd); F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 116; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 148, die allen het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking in het delegatievraagstuk betrekken.

232. Zie bijvoorbeeld § 2065 BGB (Duitsland); art. 631-632 Codice civile (Italië); § 564 ABGB (Oostenrijk). Zie in dit kader de opsomming van Debucquoy 2012 voetnoot 171.

233. Zie ook de oude doctrine hierover: Asser/Meijers 1915, p. 98. Vgl. ook Suijling/Dubois 1931, nr. 85.

materiële aspect van het hoogstpersoonlijke in het Nederlandse recht ontbreken, zal ik hierbij het zojuist uiteengezette § 2065 BGB en de hieraan ten grondslag liggende *Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit*, in het bijzonder zijn oorsprong en ontwikkeling, als leidraad nemen.

### 3.5.2.2. Terug naar de roots

Het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke vindt zijn oorsprong in het Romeinse recht (paragraaf 3.2.2). De Romeinse beschouwingen over dit beginsel laten zien dat de wortels van dit aspect het formalisme en het hiermee nauw samenhangende bepaaldheidsvereiste zijn. De Romeinen testeerden met inachtneming van de juiste formaliteiten, waartoe eveneens behoorde het met een zekere bepaaldheid beschikken. Vooral voor de erfstelling (dat elk Romeins testament verplicht diende te bevatten) golden zeer strikte vormvereisten. Hierdoor was voor beschikkingen waarvan de *werking* afhankelijk is gesteld van de wil van een ander, zoals '*si Titius voluerit, Sempronius heres esto*', geen plek. Deze beschikking is immers afhankelijk gemaakt van de wilsverklaring van Titius die nimmer op de vereiste formele wijze (dat wil zeggen met inachtneming van de juiste spreuken en handelingen) tot stand kon komen. Zo'n erfstelling was dan ook ongeldig.

Het uit het formalisme voortvloeiende bepaaldheidsvereiste bracht voorts mee dat *personae incertae* niet tot erfgenaam konden worden benoemd, waardoor erflater zijn erfgenamen zeer waarschijnlijk volledig zelf diende te bepalen.<sup>234</sup> Voor het legaat was het bepaaldheidsvereiste eveneens van belang. Niettemin gold met betrekking tot het legaat een soepele opvatting van het bepaaldheidsvereiste. Het was voor de erflater bijvoorbeeld mogelijk om in zijn uiterste wil een afgebakende groep van personen aan te wijzen, waaruit de bezwaarde erfgenaam na erflaters overlijden een keuze kon maken en zodoende de legataris kon bepalen. Doorslaggevend criterium voor de vraag naar de geldigheid van onvolledige wilsbeschikkingen was dan ook in feite het vereiste dat een *bepaalde* wilsuiting verlangde, oftewel het bepaaldheidsvereiste. En niet een vereiste dat van erflater een onafhankelijke en volledig (hoogst)persoonlijke wilsuiting verlangde. Het bepaaldheidsvereiste houdt geenszins een strikt verbod van wilsdelegatie in. Het verlangt, zoals gezegd, enkel een door erflater (in voldoende mate) *bepaalde* wil. Wat dit inhoudt, zal ik in het volgende hoofdstuk nader toelichten.

Het huidige Nederlandse erfrecht kent voor het testen, zeker ten opzichte van het Romeinse recht, nog maar weinig formaliteiten. Van erflater wordt enkel verlangd dat hij zijn uiterste wilsbeschikking bij uiterste wil en persoonlijk maakt en herroept (art. 4:42 lid 3 BW jo. afdeling 4.4.4 BW). Gebeurt dit niet dan is de wilsbeschikking nietig. Art. 4:42 lid 3 BW bevat dus geldigheidsvereisten ten aanzien van het maken van een uiterste wilsbeschikking.<sup>235</sup> Deze geldigheidsvereisten reiken mijns inziens niet zo ver dat zij van erflater verlangen dat hij de *werking* en *wezenlijke inhoud* van zijn uiterste wilsbeschikking volledig zelf bepaalt (vgl. § 2065 BGB) en hierbij geen hulp van een derde kan inschakelen. Ik licht dit toe in de onderstaande paragrafen.

234. Zie noot 34 van dit hoofdstuk.

235. Zie hierover ook paragraaf 2.3 'Vormgebondenheid' en paragraaf 2.5 'Hoogstpersoonlijk karakter'.

## 3.5.2.3. Werking afhankelijk van andermans wil

Indien erflater *bij uiterste wil* en *in persoon* bepaalt dat Sempronius erfgenaam is, als Titius dit wil (vgl. '*si Titius voluerit, Sempronius heres esto*'), is aan de geldigheidsvereisten van art. 4:42 lid 3 BW voldaan en kan van nietigheid op grond van dit artikel geen sprake zijn. Art. 4:42 lid 3 BW zegt met andere woorden *niets* over de vraag of het toelaatbaar is om de werking van een wilsbeschikking afhankelijk te maken van andermans wil. Deze vraag dient mijns inziens te worden beoordeeld aan de hand van het algemene vermogensrecht, waarvan Boek 4 BW onderdeel uitmaakt.<sup>236</sup> De vraag naar de toelaatbaarheid van rechtshandelingen waarvan de werking afhankelijk is van andermans wil, betreft immers (in bredere context) mede de vraag naar de toelaatbaarheid van afhankelijke voorwaarden, zoals de zogenoemde *potestatieve* voorwaarde.<sup>237</sup> Zij hangt, toegespitst op het erfrecht, naar mijn mening samen met het leerstuk van voorwaardelijke beschikkingen, in plaats van met het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking zoals tot uitdrukking gebracht in art. 4:42 lid 3 BW.

Op de wilsafhankelijke voorwaarden en de toelaatbaarheid daarvan in het erfrecht ga ik in hoofdstuk 6 nader in.

## 3.5.2.4. Inhoud afhankelijk van andermans wil

Art. 4:42 lid 3 BW verlangt een in de juiste vorm en hoogstpersoonlijk gemaakte uiterste wilsbeschikking. Waarom zou een hoogstpersoonlijk gemaakte wilsbeschikking niet ook hoogstpersoonlijk gemaakte delegatiebevoegdheden ten aanzien van de inhoud kunnen bevatten?<sup>238</sup>

De geldigheidsvereisten van art. 4:42 lid 3 BW zeggen niets over de wezenlijke *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking. Hierop ziet wel art. 4:42 lid 1 BW en het hierin gelegen *bepaaldheidsvereiste*. Een uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige *rechtshandeling* met werking na overlijden. Van een rechtshandeling is enkel sprake indien is voldaan aan het vereiste van een *bepaald onderwerp*.<sup>239</sup> Het bepaaldheidsvereiste dook al op bij de historische schets van de ontwikkeling van *der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit* in paragraaf 3.2.3. In verschillende perioden was het bepaaldheidsvereiste in feite de cruciale toetssteen voor de toelaatbaarheid van uiterste wilsbeschikkingen waarvan de inhoud door erflater onvolledig was geuit. De historische schets liet zien dat het bepaaldheidsvereiste het toestond dat erflater een afgebakende groep van personen aanwees, waaruit een derde de uiteindelijke verkrijgers kon bepalen. Tot op zekere hoogte waren uiterste wilsbeschikkingen waarvan

236. Zie ook de 'Inleiding en verantwoording'.

237. Potestatief wil zeggen 'afhankelijk van de wil van hem die zich verbindt', zie *Dikke van Dale 2005* onder 'potestatief'. Zie hierover voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 175 e.v.

238. Vgl. paragraaf 3.4.8 'Aanvulling op § 2064 BGB'.

239. Subparagraaf 2.2.2 'Rechtshandeling'. Anders dan bij de Romeinen dient het bepaaldheidsvereiste naar huidig recht mijns inziens niet te worden beschouwd als *uitvloeisel* van de formaliteiten die gelden om te testeren (art. 4:42 lid 3 jo. afd. 4.4.4 BW), maar maakt het deel uit van het wezen van de uiterste wilsbeschikking zelf (art. 4:42 lid 1 BW).

de inhoud van andermans wil afhankelijk was, dus mogelijk. Dit vereiste impliceert dan ook geen absoluut verbod van wilsdelegatie.

Hoe het bepaaldheidsvereiste voor de uiterste wilsbeschikking opgevat dient te worden, behandel ik in het volgende hoofdstuk. In deze paragraaf is het van belang dat wordt beseft dat art. 4:42 lid 3 BW (in tegenstelling tot art. 4:42 lid 1 BW) niets over de *wezenlijke inhoud* van de uiterste wilsbeschikking zegt en zodoende ook geen toetssteen kan zijn voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van wilsdelegatie ten aanzien van de inhoud. Of kan hierover toch anders worden gedacht en zou wellicht een combinatie tussen het (formele) hoogstpersoonlijk karakter van art. 4:42 lid 3 BW en het bepaaldheidsvereiste (dat een materieel karakter heeft) van erfflater verlangen dat hij de inhoud van zijn uiterste wilsbeschikkingen in volledigheid bepaalt, waardoor wilsdelegatie is uitgesloten? Ofwel zou het geldigheidsvereiste dat van erfflater verlangt dat hij persoonlijk zijn uiterste wilsbeschikking maakt (art. 4:42 lid 3 BW) tot (enkel) een *strikte* opvatting van het bepaaldheidsvereiste leiden en bijgevolg het delegeren bij uiterste wil tegenhouden? Door Breemhaar, van wie de dissertatie zoals ik in paragraaf 2.2.2.5 al opmerkte voor mij een eyeopener is geweest omdat daarin het bepaaldheidsvereiste reeds in verband is gebracht met het delegatievraagstuk, is deze vraag bevestigend beantwoord.<sup>240</sup> In onderstaande paragraaf geef ik Breemhaars zienswijze weer en plaats ik daarbij twee kanttekeningen. Deze kanttekeningen zijn, door voortschrijdend inzicht, wat meer genuanceerd dan hetgeen ik in een eerdere publicatie (Bauduin 2011) over wilsdelegatie opmerkte.

### 3.5.3. *Hoogstpersoonlijk karakter en bepaaldheidsvereiste*<sup>241</sup>

#### 3.5.3.1. Breemhaar

Volgens Breemhaar ligt in het persoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking niet alleen een formeel aspect (persoonlijk maken), maar ook een materieel aspect (persoonlijk bepalen) besloten. Dit materiële aspect, dat zijns inziens tot uitdrukking komt in het *verbod van wilsdelegatie*,<sup>242</sup> zou voortvloeien uit het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking in combinatie met het bepaaldheidsvereiste.<sup>243</sup> Het verbod van wilsdelegatie houdt volgens Breemhaar in dat:

'het rechtsgevolg waarop een uiterste wilsbeschikking is gericht, door de erfflater *zelf* dient te worden bepaald.'<sup>244</sup>

240. Breemhaar 1992, nr. 72. Zie met betrekking tot wilsdelegatie voorts hetgeen hij opmerkt in nr. 18, 42 en 74-77.

241. Zie ook ook Bauduin 2011.

242. Breemhaar 1992, nr. 18, 42, 72 en 74-77.

243. Breemhaar 1992, nr. 72, waarin hij opmerkt dat volgens een ongeschreven regel ten aanzien van een rechtshandeling, op straffe van nietigheid, een bepaald onderwerp is vereist. Breemhaar verwijst hiervoor naar *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895 e.v.; Hijma & Olthof 1982, p. 258, noot 3; Van Schilfgaarde 1982, p. 549, noot 3; *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123 e.v. Op het bepaaldheidsvereiste als 'ongeschreven regel' kom ik terug in hoofdstuk 4.

244. Breemhaar 1992, nr. 74.

Breemhaar is van mening dat het bepaaldheidsvereiste ten aanzien van de uiterste wilsbeschikking *strikt* moet worden opgevat. Het rechtsgevolg waarop een uiterste wilsbeschikking is gericht, moet door de erflater *zelf* worden bepaald. En wel omdat de uiterste wilsbeschikking een hoogstpersoonlijke rechtshandeling is.<sup>245</sup> Overigens wordt wilsdelegatie door Breemhaar niet geheel uitgesloten. Het delegatieverbod laat naar zijn mening onverlet dat de erflater soms op grond van de wet of het ongeschreven recht een testamentaire bevoegdheid kan verlenen en het raakt evenmin de wijze van uitvoering van een legaat of testamentaire last.<sup>246</sup> Het bepaaldheidsvereiste wordt door hem als volgt omschreven:

'Volgens een ongeschreven regel is ten aanzien van een rechtshandeling op straffe van nietigheid een bepaald onderwerp vereist.<sup>247</sup> Dit betekent dat het rechtsgevolg waarop een rechtshandeling is gericht, door de handelende persoon of personen in voldoende mate moet worden bepaald. Al naar gelang van de aard van de rechtshandeling wordt het vereiste, dat men als het *bepaaldheidsvereiste* kan aanduiden, meer of minder strikt opgevat.'<sup>248</sup>

Het bepaaldheidsvereiste verlangt van iedere rechtshandeling een bepaald *onderwerp*. Als onderwerp van bijvoorbeeld de erfstelling dient mijns inziens te worden aange-merkt: de personen die verkrijgen (de erfgenamen) evenals hetgeen wordt verkregen (de erfdelen). Volgens Breemhaar houdt het vereiste van een bepaald onderwerp overigens in dat *het rechtsgevolg* waarop de rechtshandeling is gericht in voldoende mate moet zijn bepaald. Dit spreken over het beoogde rechtsgevolg doet in eerste instantie vreemd aan. Bij het bepaaldheidsvereiste gaat het immers om het tot de inhoud behorende *onderwerp* van de wilsbeschikking en zodoende niet om het beoogde rechtsgevolg. Breemhaars uitleg van het bepaaldheidsvereiste is echter eenvoudig te verklaren. Op grond van art. 3:33 BW zijn beoogd rechtsgevolg en onderwerp van de rechtshandeling namelijk synoniemen. Anders vond ik in Bauduin 2011, waarin ik ook het onderscheid tussen de inhoud van de uiterste wilsbeschikking en haar werking nog niet maakte. Art. 3:33 BW bepaalt dat een rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil vereist die zich door een verklaring heeft geopenbaard. De inhoud van een rechtshandeling, waartoe ook het onderwerp behoort, kan dus in beginsel enkel bestaan uit het beogen van rechtsgevolgen. Ofwel spreken over het beoogde rechtsgevolg dat in voldoende mate moet zijn bepaald, is niet anders dan spreken over het onderwerp van de rechtshandeling dat in voldoende mate moet zijn bepaald. Met het tot uitdrukking brengen van het beoogde rechtsgevolg van de rechtshandeling wordt ook het onderwerp van de rechtshandeling gegeven. Toch lijkt er minder ruimte te zijn voor wilsdelegatie indien het beoogde rechtsgevolg in voldoende mate bepaald moet zijn, dan indien het onderwerp van de uiterste wilsbeschikking in voldoende mate bepaald moet zijn. Bij wilsdelegatie tracht erflater, zoals gezegd, immers juist speelruimte voor de door hem beoogde rechtsgevolgen te creëren. Mijn voorkeur gaat dan ook uit om (in lijn met het bepaaldheidsvereiste ofwel

245. Breemhaar 1992, nr. 72.

246. Breemhaar 1992, nr. 75-76.

247. Breemhaar verwijst hiervoor naar *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895 e.v.; Hijma & Olthof 1982, p. 258, noot 3; Van Schilfgaarde 1982, p. 549, noot 3; *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123 e.v.

248. Breemhaar 1992, nr. 72, met verwijzing naar *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895 e.v.



het vereiste van een *bepaald onderwerp*) te spreken van een in voldoende mate bepaald onderwerp in plaats van een in voldoende mate bepaald beoogd rechtsgevolg.

Wanneer een rechtshandeling 'in voldoende mate' is bepaald, hangt af van *de aard van de beschikking*.<sup>249</sup> De hoogstpersoonlijke aard van de uiterste wilsbeschikking leidt volgens Breemhaar ertoe dat erflater het beoogde rechtsgevolg steeds *zelf* dient te *bepalen*.<sup>250</sup> Bij deze visie plaats ik twee kanttekeningen:

1. Breemhaars delegatieverbod ziet niet op delegatie ten aanzien van de *werking* van de uiterste wilsbeschikking.
2. Het is mijns inziens onjuist dat het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking in verbinding met het bepaaldheidsvereiste tot een verbod van wilsdelegatie (ten aanzien van de inhoud van uiterste wilsbeschikkingen) leidt.

Hierna zal ik deze twee kanttekeningen nader toelichten.

### 3.5.3.2. Kanttekening 1

Alvorens inhoudelijk op Breemhaars visie in te gaan, dient allereerst helder te zijn dat wilsdelegatie op twee manieren plaats kan hebben. Namelijk:<sup>251</sup>

1. Door te delegeren ten aanzien van de *werking* van de wilsbeschikking.
2. Door te delegeren ten aanzien van de *inhoud* van de wilsbeschikking.

Breemhaar lijkt dit onderscheid niet te maken wanneer hij spreekt van '*het verbod van wilsdelegatie*'. Het delegatieverbod vloeit zijns inziens namelijk voort uit *het bepaaldheidsvereiste* in combinatie met het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking. Het bepaaldheidsvereiste ziet enkel op de *inhoud* van de wilsbeschikking, niet op haar *werking*.<sup>252</sup> Dat delegatie ten aanzien van de werking van een uiterste wilsbeschikking mogelijk is, illustreren HR 17 januari 1996, *BNB* 1996/112 en HR 5 november 1997, *BNB* 1998/8 waarin de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling werd toegestaan<sup>253</sup> en HR 16 januari 2004, *NJ* 2004/487, ook wel genoemd het Boerenplaatsje-arrest, waarin de voorwaardelijke tweetrapsmaking werd toegestaan.<sup>254</sup>

249. Zie het net hiervoor aangehaalde citaat van Breemhaar evenals *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123-1124; *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895-896.

250. Zoals zojuist in de hoofdttekst door mij is opgemerkt, *lijkt* voor wilsdelegatie dan weinig ruimte te bestaan. Met wilsdelegatie tracht erflater immers juist enige speelruimte te creëren voor het door hem beoogde rechtsgevolg, door aan een derde de bevoegdheid te geven om het rechtsgevolg nader te bepalen.

251. Zie ook de Inleiding en verantwoording onder III 'Terminologie en reikwijdte'.

252. De vraag in hoeverre de werking van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk kan worden gemaakt van de wil van een ander dient, zoals ik reeds opmerkte, dan ook niet beantwoord te worden aan de hand van het bepaaldheidsvereiste, maar aan de hand van de toelaatbaarheid van 'wilsafhankelijke' voorwaarden in het vermogensrecht, waartoe ook het erfrecht behoort. Hierover meer in hoofdstuk 6.

253. In HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, *BNB* 1996/112 en HR 5 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5838, *BNB* 1998/8 werd door de erflaters bij testament een ouderlijke boedelverdeling gemaakt ten behoeve van de echtgenote onder de bepaling dat de erfgenamen (de echtgenote en kinderen) in onderling overleg resp. eenstemmig een andere verdeling konden overeenkomen.

254. In HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, *NJ* 2004/487 (*Boerenplaatsje*) beschikte erflaterster als volgt:

Kortom dat het beoogde rechtsgevolg respectievelijk onderwerp van de wilsbeschikking in voldoende mate moet zijn bepaald, zegt nog niets over de mogelijkheid om te delegeren ten aanzien van *de werking* van een wilsbeschikking (vgl. HR 17 januari 1996, *BNB* 1996/112, HR 5 november 1997, *BNB* 1998/8 en HR 16 januari 2004, *NJ* 2004/487).<sup>255</sup> In hoeverre dit is toegestaan, dient niet te worden beoordeeld aan de hand van het bepaaldheidsvereiste, maar aan de hand van het leerstuk van voorwaardelijke beschikkingen (zie subparagraaf 3.5.2.3 en hoofdstuk 6). Breemhaars verbod van wilsdelegatie heeft dan ook enkel betrekking op delegatie ten aanzien van de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking. Maar leidt het bepaaldheidsvereiste in combinatie met de hoogstpersoonlijkheid van de uiterste wilsbeschikking wel tot een *verbod* om ten aanzien van de inhoud van de wilsbeschikkingen te delegeren? Hierover gaat de volgende paragraaf: 'Kanttekening 2'.

### 3.5.3.3. Kanttekening 2

De crux van het vraagstuk of ten aanzien van *de inhoud* van een uiterste wilsbeschikking al dan niet kan worden gedelegeerd, is mijns inziens gelegen in de uitleg van het bepaaldheidsvereiste. Het bepaaldheidsvereiste kan, zoals Breemhaar schrijft, al naar gelang *de aard van de rechtshandeling* soepel of strikt worden opgevat.<sup>256</sup> Hoe dient het bepaaldheidsvereiste voor uiterste wilsbeschikkingen te worden opgevat, strikt of soepel?

Anders dan Breemhaar stelt, leidt de *hoogstpersoonlijkheid* van de uiterste wilsbeschikking mijns inziens niet ertoe dat erflater steeds *zelf* het onderwerp (resp. beoogde rechtsgevolg) van zijn uiterste wilsbeschikking moet bepalen. De hoogstpersoonlijke aard van de uiterste wilsbeschikking leidt met andere woorden naar mijn mening niet tot een *strikte* opvatting van het bepaaldheidsvereiste. En ten aanzien van de inhoud van de uiterste wilsbeschikking geldt dan ook geen delegatieverbod. Waarom niet?

De algemene *hoogstpersoonlijkheid* van de uiterste wilsbeschikking is slecht een *formeel* geldigheidsvereiste. Het zegt niets over de materiële aard van een uiterste

'(...) Ik benoem tot mijn enige en algehele erfgenaam mijn echtgenoot, onder bepaling nochtans dat al wat hij bij overlijden onvervreemd en onverteerd van mijn na te laten goederen zal overlaten zal moeten komen en worden uitgekeerd aan de kinderen van mijn broeder, tezamen en voor gelijke delen, of bij hun vooroverlijden aan hun wettige afstammelingen reeds geboren of nog geboren zullen worden.(...)

Het is aan mijn genoemde echtgenoot verboden bij schenking onder de levenden over het aan hem gemaakte te beschikken, terwijl dit aan hem gemaakte niet zal vallen in enige gemeenschap van goederen, waarin hij eniger tijd mocht huwen.

*Hij zal echter wel bij testament over het na te melden onroerend goed mogen beschikken* (curs. NB).'  
Doordat aan de bezwaarde de bevoegdheid wordt verleend om bij uiterste wil over het aan hem vermaakte te beschikken, kan de bezwaarde zijn verkrijging onvoorwaardelijk maken. Hij kan met andere woorden zelf bepalen of de voorwaarde al dan niet van kracht zal zijn.

255. HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, *BNB* 1996/112, HR 5 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5838, *BNB* 1998/8 en HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, *NJ* 2004/487

256. Zie Breemhaar 1992, nr. 72. Vgl. *Kamerstukken II* 1984/85, 17496, 10, p. 15 en 16 (MvA II Inv.), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123-1124.

wilsbeschikking. Of een uiterste wilsbeschikking inhoudelijk een uiterste wilsbeschikking is, wordt bepaald door de elementen van art. 4:42 lid 1 BW en niet door de geldigheidsvereisten van art. 4:42 lid 3 BW. Zoals ik in subparagraaf 2.2.1 schetste, zijn de materiële bouwstenen van een uiterste wilsbeschikking de volgende:

1. eenzijdigheid;
2. rechtshandeling;
3. werking na overlijden;
4. in Boek 4 van het BW geregeld of elders in de wet als zodanig aangemerkt.

Voldoet een rechtshandeling aan deze vereisten, dan kan zij als uiterste wilsbeschikking worden aangemerkt. Zo kent Boek 4 BW verschillende soorten te onderscheiden uiterste wilsbeschikkingen,<sup>257</sup> waaronder de erfstelling, het legaat en de last. Naar mijn mening dient voor de opvatting van het bepaaldheidsvereiste naar de *aard van deze te onderscheiden soorten beschikkingen* gekeken te worden, in plaats van naar het algemene hoogstpersoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking. Een erfstelling is immers van wezenlijk andere aard dan een legaat. De *hoogstpersoonlijkheid* van de uiterste wilsbeschikking heeft op het wezen van een uiterste wilsbeschikking geen betrekking. Het ziet enkel op de formele geldigheid van de beschikking.

#### 3.5.3.4. Tussenconclusie

De visie van Breemhaar dat het bepaaldheidsvereiste in verbinding met de *hoogstpersoonlijkheid* van de uiterste wilsbeschikking tot een *verbod van wilsdelegatie* leidt, deel ik niet. Het bepaaldheidsvereiste in verbinding met het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking zegt in de eerste plaats niets over de mogelijkheid om te delegeren ten aanzien van de *werking* van een uiterste wilsbeschikking. Het bepaaldheidsvereiste ziet namelijk enkel op de *inhoud*. Bovendien dient mijns inziens voor de uitleg van het bepaaldheidsvereiste niet gekeken te worden naar het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking, maar naar de aard van de tot het gesloten stelsel behorende te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen. Het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking betreft namelijk een algemeen formeel geldigheidsvereiste dat geen betrekking heeft op de *materiële aard* (te weten een eenzijdige rechtshandeling met werking na overlijden) van de tot het gesloten stelsel behorende uiterste wilsbeschikkingen. Zo is de aard van het legaat bijvoorbeeld gelegen in het toekennen van een vorderingsrecht (art. 4:117 BW). Tot welke uitleg van het bepaaldheidsvereiste de aard van te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen leidt, bespreek ik in hoofdstuk 5.

257. Hierover ook subparagraaf 4.6.2 'Te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen'. Ook buiten Boek 4 BW zijn er rechtshandelingen die als uiterste wilsbeschikking kunnen worden aangemerkt, bijvoorbeeld de voogdijbenoeming.

### 3.5.4. *Het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke ontbloom*

#### 3.5.4.1. Art. 4:42 lid 3 BW ≠ materieel

In de voorgaande subparagrafen heb ik getracht om het beginsel dat wordt geduid als 'het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke' bloot te leggen. Ik ben tot de conclusie gekomen dat dit beginsel niets van doen heeft met de *hoogstpersoonlijkheid* van de uiterste wilsbeschikking, zoals deze tot uitdrukking komt in art. 4:42 lid 3 BW. De hoogstpersoonlijkheid van art. 4:42 lid 3 BW betreft slechts een formeel geldigheidsvereiste. Het zegt niets over uiterste wilsbeschikkingen waarvan de werking of de inhoud afhankelijk is gesteld van andermans wil.

#### 3.5.4.2. 'Materieel aspect' = (on)toelaatbaarheid wilsafhankelijke voorwaarden en bepaaldheidsvereiste

In hoeverre het is toegestaan om de werking van uiterste wilsbeschikkingen afhankelijk te maken van de wil van een ander, betreft een vraag naar de toelaatbaarheid van wilsafhankelijke voorwaarden. Hierover handelt hoofdstuk 6. De vraag in hoeverre het mogelijk is om ten aanzien van de *inhoud* van uiterste wilsbeschikkingen te delegeren, dient mijns inziens te worden beantwoord aan de hand van het bepaaldheidsvereiste (dat besloten ligt in art. 4:42 lid 1 BW) en niet aan de hand van de formele hoogstpersoonlijkheid (art. 4:42 lid 3 BW). Het bepaaldheidsvereiste en de al dan niet toelaatbaarheid van delegatie ten aanzien van de inhoud van te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen staan in hoofdstuk 4 en 5 centraal.

#### 3.5.4.3. Bepaaldheidsvereiste ≠ delegatieverbod

Het bepaaldheidsvereiste (zie hierover ook paragraaf 2.2.2.4) impliceert niet per definitie een delegatieverbod. Dit werd reeds duidelijk bij de bestudering van de historische ontwikkeling van het Duitse § 2065 BGB, waar het bepaaldheidsvereiste een cruciale rol speelde bij de mogelijkheden van *Drittbestimmung*. De Duitse onderzoeken naar de rechtvaardiging van het *Drittbestimmungsverbot* toonden dat de toelaatbaarheid van *Drittbestimmung* in het verleden niet werd beoordeeld aan de hand van de materiële hoogstpersoonlijkheid zoals zij vandaag de dag in § 2065 BGB is terug te vinden, maar aan de hand van het bepaaldheidsvereiste. Dit vereiste werd vanaf de 13<sup>e</sup> eeuw tot aan de 19<sup>e</sup> eeuw *soepel* opgevat. Het was mogelijk dat een derde uit een door de erfflater afgebakende groep van personen de legatarissen respectievelijk de erfgenamen aanwees. Erfflater kon dus tot op zekere hoogte aan een derde de concrete invulling van zijn uiterste wilsbeschikking overlaten.

In Boek 4 BW speelt het bepaaldheidsvereiste eveneens een rol. Een uiterste wilsbeschikking is immers een eenzijdige *rechtshandeling* met werking na overlijden die in Boek 4 BW is geregeld of elders in de wet als zodanig wordt aangemerkt (art. 4:42 lid 1 BW). Iedere rechtshandeling (dus ook de uiterste wilsbeschikking) dient, om rechtshandeling te zijn, een *bepaald onderwerp* te hebben. Dit vereiste van

een *bepaald onderwerp* – ofwel het bepaaldheidsvereiste – kent meerdere dimensies, zoals *volledig bepaald* en *bepaalbaar*. Want, zoals ook Breemhaar schrijft:

'Al naar gelang de aard van de rechtshandeling wordt het vereiste, dat men als het bepaaldheidsvereiste kan aanduiden, *meer of minder strikt opgevat*.'<sup>258</sup>

Anders dan Breemhaar betoogt, ben ik van mening dat de *hoogstpersoonlijke aard* van de uiterste wilsbeschikking niet leidt tot een strikte opvatting van het bepaaldheidsvereiste. De hoogstpersoonlijke aard betreft immers slechts een formeel geldigheidsvereiste en heeft geen betrekking op de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking. Mijs inziens dient voor de uitleg van het bepaaldheidsvereiste gekeken te worden naar de aard van de uiterste wilsbeschikking, zoals deze omschreven is in art. 4:42 lid 1 BW, in het bijzonder naar de aard van de te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen.

Daarenboven kan voor de uitleg van het bepaaldheidsvereiste *inspiratie* worden opgedaan bij het algemeen vermogensrecht. Het bepaaldheidsvereiste geldt immers voor *alle* rechtshandelingen. Hoe is het vereiste bijvoorbeeld uitgelegd bij verbintenisscheppende overeenkomsten, zoals de koopovereenkomst of de schenking? Wat is hierover door de wetgever en in de literatuur en jurisprudentie opgemerkt? Op het bepaaldheidsvereiste ga ik in het volgende hoofdstuk nader in.

### 3.5.5. *Rechtvaardiging*

Mocht men van mijn bevindingen in de vorige subparagraaf nog niet zijn overtuigd en de mening zijn toegedaan dat in het Nederlandse erfrecht toch een (algemeen) delegatieverbod is gelegen, dan wil ik tot slot de opsomming in paragraaf 3.4 met betrekking tot *Sinn und Zweck* van het *Drittbestimmungsverbot* in herinnering brengen. In onze huidige maatschappij, waarin de testeervrijheid de scepter zwaait, ontbreekt het mijns inziens aan een deugdelijke rechtvaardiging voor een algemeen delegatieverbod.

## 3.6. **Conclusie hoofdstuk 3 en deel I**

Door de eeuwen heen heeft zich een beginsel ontwikkeld dat wordt geduid als het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke en dat delegatie ten aanzien van de werking en de inhoud van uiterste wilsbeschikkingen verbiedt.

In Duitsland is dit beginsel gecodificeerd in § 2065 BGB: *der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit*. Boek 4 BW kent eenzelfde bepaling als § 2065 BGB niet. In de Nederlandse literatuur wordt niettemin verondersteld dat in het formele geldigheidsvereiste dat van erflater verlangt dat hij *hoogstpersoonlijk* zijn uiterste wilsbeschikking maakt (art. 4:42 lid 3 BW), ook een materieel aspect gelezen dient te worden.<sup>259</sup> Voor het antwoord op de vraag of dit inderdaad het geval is en in art. 4:42 lid 3 BW ook een materieel aspect besloten ligt dat een delegatieverbod inhoudt, ben ik te rade gegaan bij het reeds verrichte onderzoekswerk van de Duitse

258. Breemhaar 1991, nr. 72, met verwijzing naar *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895 e.v.

259. Zie Asser/Meijers 1915, p. 98; Suijling/Dubois 1931, nr. 85, 95 en 144; Breemhaar 1992, nr. 18, 42, 72 en 74-77; Kleijn 2004a, p. 82; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 221; B. Schols 2007a, p. 432 e.v.; Van

collega's. Dit omdat concrete aanknopingspunten over de diepere betekenis van het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke in de Nederlandse literatuur ontbreken en omdat het huidige Boek 4 BW door het Germaanse erfrecht is beïnvloed.<sup>260</sup> In Duitsland zijn studies verschenen waarin de oorsprong en de ontwikkeling van de *Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit* is bestudeerd en vraagtekens zijn gezet bij de rechtvaardiging van het *Drittbestimmungsverbot*. Kort samengevat bleek uit deze studies dat in plaats van de *hoogstpersoonlijkheid* van de uiterste wilsbeschikking in feite het bepaaldheidsvereiste door de eeuwen heen het belangrijkste criterium is geweest voor de vraag naar de toelaatbaarheid van *Drittbestimmung* ten aanzien van de wezenlijke inhoud van een uiterste wilsbeschikking. Dit is feitelijk in Duitsland thans nog steeds het geval, getuige het gebrek aan een deugdelijke rechtvaardiging van de *materielle Höchstpersönlichkeit* en de wettelijke uitzonderingen op § 2065 II BGB voor bepaalde uiterste wilsbeschikkingen (zoals *das Vermächtnis* en *die Auflage*). Deze door de wetgever gemaakte uitzonderingen onderstrepen de praktische behoefte om te delegeren en kunnen zelfs de gedachte opwekken dat de *hoofdregel* van een *Drittbestimmungsverbot* een vergissing van de wetgever is geweest. Want waarom zoveel uitzonderingen op een hoofdregel toestaan?<sup>261</sup>

Het besef dat de materiële hoogstpersoonlijkheid voortkomt uit het formalisme en het bepaaldheidsvereiste en het besef dat onze oosterburen geen deugdelijke rechtvaardigingsgrond voor het *Drittbestimmungsverbot* kennen, sterken mij in mijn gedachte dat de 'hoogstpersoonlijkheid' van art. 4:42 lid 3 BW geen verband houdt met het delegatievraagstuk. Dit artikel is gelijk aan § 2064 BGB en omvat enkel een *formeel* geldigheidsvereiste. Indien in art. 4:42 lid 3 BW een materieel aspect van het hoogstpersoonlijke dient te worden gelezen, zou het – zonder uitdrukkelijke bewoordingen – gissen zijn naar de reikwijdte en betekenis van dit aspect. Zou de materiële hoogstpersoonlijkheid dan bijvoorbeeld ook gelden voor het legaat, de last en de executeursbenoeming en houdt het een algemeen delegatieverbod in? Omdat de wetgever zich hierover niet uitdrukkelijk uitlaat in art. 4:42 lid 3 BW, dient mijns inziens geen materieel aspect noch een algemeen delegatieverbod in deze bepaling te worden gelezen. De vraag of er gedelegeerd kan worden ten aanzien van de werking en de inhoud van de uiterste wilsbeschikking dient naar mijn mening te worden beantwoord aan de hand van

Mourik 2008, nr. 46 (zie in dit kader ook Van Mourik 2013, nr. 46, waarin hij aangeeft dat de verwijzing naar de 'hoogstpersoonlijke aard' van de uiterste wilsbeschikking in de literatuur met weinig sympathie wordt omringd); F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 116; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 148. Allen betrekken het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking in het delegatievraagstuk.

260. B. Schols 2007a, p. 15: 'Meijers was enorm geïnspireerd door het Bürgerliches Gesetzbuch. De Duitse geest waart dan ook in ons Burgerlijk Wetboek rond.'

261. Zie in dit kader Halding-Hoppenheit 2003, p. 209-210 die over het *Drittbestimmungsverbot* opmerkt: 'Folglich scheint gerade die Tatsache, dass dieses Verbot eine so lange Geschichte hat, dafür verantwortlich zu sein, dass es auch vom Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches übernommen wurde. Im Ergebnis liefert damit die historische Entwicklung des Drittbestimmungsverbot's zwar eine Erklärung für den heutigen § 2065 II BGB, aber keinen Grund für seine Beibehaltung. Vielmehr macht sie deutlich, dass das Bürgerliche Gesetzbuch eine Wertentscheidung übernommen hat, ohne deren Berechtigung zu überprüfen. Das Drittbestimmungsverbot zeigt sich damit als *traditioneller*, aber kaum ernsthaft diskutierter Grundsatz. Darüber hinaus hat die historische Entwicklung auch gezeigt, dass die Zulassung einer Drittbestimmung möglich ist und bereits praktiziert wurde (curs NB).'

concretere toetsstenen. Omdat de uiterste wilsbeschikking een *rechtshandeling* is, meen ik in het algemene vermogensrecht deze concretere toetsstenen te kunnen vinden. Voor de vraag in hoeverre de werking van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk kan worden gemaakt van andermans wil, zou bijvoorbeeld kunnen worden gekeken naar de toelaatbaarheid van wilsafhankelijke voorwaarden, zoals de potestatieve voorwaarde (zie hiervoor deel III van dit onderzoek). En voor de vraag in hoeverre de inhoud van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk kan worden gemaakt van andermans wil, zou kunnen worden gekeken welke uitleg van het bepaaldheidsvereiste (bijvoorbeeld *volledig bepaald of bepaalbaarheid*) er geldt met betrekking tot uiterste wilsbeschikkingen (zie hiervoor deel II van dit onderzoek). Ik kan het niet vaak genoeg zeggen: het bepaaldheidsvereiste geldt immers voor *iedere rechtshandeling*, dus ook voor de uiterste wilsbeschikking. Verlangt het bepaaldheidsvereiste van erflater dat hij zijn uiterste wilsbeschikkingen op het moment van testen steeds in volledigheid heeft bepaald? Of geldt er ten aanzien van de uiterste wilsbeschikking een andere dimensie van het bepaaldheidsvereiste en voldoet bijvoorbeeld *bepaalbaarheid*? Indien dit laatste het geval is, hoeft erfslaters uiterste wilsbeschikking op het moment van testen nog niet in *volledigheid* te zijn bepaald. Betekent dit dan dat erflater het nader bepalen ofwel het concretiseren van de inhoud van zijn uiterste wilsbeschikking na zijn overlijden aan een ander kan overlaten? Ofwel, dat erflater kan delegeren ten aanzien van de inhoud van zijn uiterste wilsbeschikkingen? Op deze vraag ga ik in het volgende hoofdstuk (hoofdstuk 4) nader in.

Het eerste deel van dit onderzoek sluit ik af met de opmerking dat noch de testeervrijheid, noch het algemene karakter van de uiterste wilsbeschikking, noch het geldigheidsvereiste van art. 4:42 lid 3 BW aanleiding geven om aan te nemen dat in het erfrecht sprake is van een delegatieverbod. Integendeel, de testeervrijheid pleit juist vóór wilsdelegatie.

Hoever wilsdelegatie in het erfrecht kan reiken, wordt onderzocht in de navolgende hoofdstukken waarin ik de gedachte van een delegatieverbod loslaat en op zoek ga naar de (wettelijke) *grenzen* van delegatie in het erfrecht.<sup>262</sup>

De eerste grenzen liggen overigens daar waar ook de *grenzen van de testeervrijheid* liggen. Zoals ik in paragraaf 1.1 reeds opmerkte geschiedt delegeren, voorzover toegestaan, immers via testen. Daar waar een erflater wordt beperkt om te testen, is hij zodoende ook beperkt om te delegeren. Zo zal delegatie niet in strijd mogen komen met de goede zeden of openbare orde. Voor de grenzen van de testeervrijheid verwijz ik naar hetgeen ik hierover opmerkte in paragraaf 1.3.

262. Grenzen impliceren een zekere mate van vrijheid. Grenzeloze vrijheid is evenwel doelloos. Zie Wijnberg 2010, p. 45.





## DEEL II DELEGEREN TEN AANZIEN VAN DE INHOUD



# Bepaaldheidsvereiste

*Determine that the thing can and shall be done and then... find the way.*

*(Abraham Lincoln)*

## 4.1. Inleidend

In dit hoofdstuk staat het bepaaldheidsvereiste centraal. In paragraaf 2.2.2.4 merkte ik reeds op dat het bepaaldheidsvereiste een essentialia van de uiterste wilsbeschikking is.

De uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige *rechtshandeling* (art. 4:42 lid 1 BW). Rechtshandelingen zijn naar hun aard gericht op een of meer rechtsgevolgen, die kenbaar dienen te worden gemaakt door een wilsuiting (art. 3:33 BW). Om de rechtsgevolgen te kunnen vaststellen, zal de wilsuiting van de handelende persoon steeds in voldoende mate moeten zijn bepaald. Een onbepaalde wilsuiting kan geen rechtshandeling zijn, omdat de rechtsgevolgen (die per definitie aan iedere rechtshandeling verbonden zijn) bij gebreke aan bepaaldheid niet kunnen worden vastgesteld. Met het gegeven dat de uiterste wilsbeschikking een rechtshandeling is, is onlosmakelijk verbonden dat zij steeds in voldoende mate bepaald dient te zijn.<sup>1</sup>

Wat houdt dit 'in voldoende mate bepaald zijn' in? Ofwel wat houdt het bepaaldheidsvereiste in? Dient erflater de inhoud van zijn uiterste wilsbeschikkingen steeds in volledigheid te hebben bepaald of voldoet een andere dimensie van het bepaaldheidsvereiste, zoals *bepaalbaarheid*?

Deze vraag is, zoals ik ook al in paragraaf 2.2.2.5 liet doorschemeren, van wezenlijk belang voor de vraag of en in hoeverre er ten aanzien van *de inhoud* van de uiterste wilsbeschikking kan worden gedelegeerd. Indien erflater zijn uiterste wilsbeschikkingen steeds in volledigheid dient te bepalen, is er geen ruimte om te delegeren. Indien *bepaalbaarheid* daarentegen volstaat, is er, afhankelijk van hoe de *bepaalbaarheid* nader ingekleurd dient te worden (objectieve of subjectieve maatstaf?), voor wilsdelegatie wellicht wel ruimte. Kan de bepaalbaarheid bijvoorbeeld nader worden ingekleurd aan de hand van *subjectieve elementen*, zoals het oordeel van een derde, dan zou er kunnen worden gedelegeerd. Ik ga hierop nader in, in paragraaf 4.3 en 4.4.<sup>2</sup>

1. Zie ook paragraaf 2.2 'Uiterste wilsbeschikking', in het bijzonder subparagraaf 2.2.2.4 'Bepaaldheidsvereiste' en 2.2.2.5 'Link met wilsdelegatie'.
2. Deze paragrafen handelen over het bepaaldheidsvereiste in het verbintenissenrecht en het bepaaldheidsvereiste in het goederenrecht.

De uitleg van het bepaaldheidsvereiste voor de uiterste wilsbeschikking is mijns inziens de sleutel voor het vraagstuk óf en in hoeverre wilsdelegatie ten aanzien van *de inhoud* van uiterste wilsbeschikkingen is toegestaan. Wilsdelegatie bij uiterste wil is immers slechts mogelijk indien de wilsbeschikking door het verlenen van de delegatiebevoegdheid het karakter van *uiterste wilsbeschikking* behoudt. Is dit het geval indien een ander *mede* de inhoud van de wilsbeschikking bepaalt of wordt er dan aan het bepaaldheidsvereiste (en daarmee aan een van de essentialia van de uiterste wilsbeschikking) tekortgedaan?

Boek 4 BW laat zich niet uitdrukkelijk uit over hoe het bepaaldheidsvereiste in het erfrecht dient te worden opgevat. Het maakt evenwel deel uit van het vermogensrecht dat een *gelaagde structuur* kent. Ik zal daarom voor de uitleg van het bepaaldheidsvereiste allereerst Boek 3 BW raadplegen. In Boek 3 BW zijn bepalingen opgenomen omtrent het vermogensrecht in het algemeen. Wat zeggen deze bepalingen over het in voldoende mate bepalen van rechtshandelingen?

## 4.2. Bepaaldheidsvereiste in het algemeen vermogensrecht

### 4.2.1. Ongeschreven bestaansvereiste in Titel 3.2 BW

In Boek 3 BW zijn algemene bepalingen opgenomen voor alle vermogensrechten. Titel 3.2 BW handelt over rechtshandelingen, meer specifiek over de totstandkoming van de rechtshandeling en haar nietigheid en vernietigbaarheid. Zoals ik hiervoor reeds heb opgemerkt, onderscheidt de rechtshandeling zich van andere handelingen door haar gerichtheid op een of meer rechtsgevolgen. Een rechtshandeling komt tot stand door een op een rechtsgevolg gerichte wil en een daarmee overeenstemmende wilsverklaring (art. 3:33 BW).<sup>3</sup> In paragraaf 2.2.2.4 betoogde ik dat in deze beide bestaansvereisten nog een ander belangrijk vereiste van de rechtshandeling ligt besloten, namelijk *het bepaaldheidsvereiste*. Om de beoogde rechtsgevolgen te kunnen vaststellen, is telkens een bepaald onderwerp vereist.

In art. 1356 oud BW waren vier vereisten voor de bestaanbaarheid van overeenkomsten neergelegd, te weten:

1. de toestemming van degenen die zich verbinden;
2. de bekwaamheid om een verbintenis aan te gaan;
3. De uiterste wilsbeschikking is een *eenzijdige* rechtshandeling (art. 4:42 lid 1 BW). Eenzijdige rechtshandelingen kunnen overigens 'gericht' of 'ongericht' zijn. Een gerichte eenzijdige rechtshandeling is een rechtshandeling waarbij de wilsverklaring tot een andere persoon wordt gericht. Voor het intreden van het rechtsgevolg dient de verklaring die andere persoon te hebben bereikt. Een ongerichte eenzijdige rechtshandeling is een rechtshandeling die niet is gericht tot een bepaalde persoon. Zie hierover Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 99. Heersende leer is dat het maken van een uiterste wilsbeschikking een eenzijdige ongerichte rechtshandeling is, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 99. Zie ook B. Schols 2007a, p. 97 voetnoot 15. B. Schols 2007a, p. 97 wijst er in dit verband voorts op dat: 'Tussen eenzijdige gerichte rechtshandelingen en overeenkomsten kan dikwijls geen scherp onderscheid worden gemaakt [...], aldus Asser/Hartkamp [zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 101, toev. NB]. Anders gezegd: des te gerichter de rechtshandeling des te meer men op het terrein van het *overeenkomstenrecht* komt.'

3. een bepaald onderwerp;
4. een geoorloofde oorzaak.

Ten aanzien van deze vereisten bestond in de literatuur discussie over de vraag of deze begrippen gelijkwaardig waren en of een onderscheid diende te worden gemaakt tussen *bestaansvereisten* en *geldigheidsvereisten* ofwel tussen wezensbestanddelen en extrinsieke elementen daarvan.<sup>4</sup> Volgens Hartkamp & Sieburgh is deze vraag thans niet meer interessant omdat het onderscheid tussen bestaansvereisten en geldigheidsvereisten geen verschil in rechtsgevolgen kent:

'Indien niet wordt voldaan aan een door de wet gesteld geldigheidsvereiste is de rechtshandeling, ongeacht of het vereiste betrekking heeft op de totstandkoming of op de inhoud van de overeenkomst, nietig; [...] Evenmin bestaat er verschil in de aard of in de rechtsgevolgen van de nietigheid. Een verschil tussen 'non-existentie' en 'nietigheid', dat wel uit het gemaakte onderscheid is afgeleid, moet worden verworpen. De regels die de rechtsgevolgen van de nietigheden regelen en soms beperken, gelden in beginsel gelijkelijk ongeacht de grond daarvan.'<sup>5</sup>

Ondanks dat een verschil tussen 'non-existentie' en 'nietigheid' moet worden verworpen, geef ik de voorkeur eraan het bepaaldheidsvereiste te duiden als behorend tot *essentialia* en daarmee als *bestaansvereiste* van de rechtshandeling, in plaats van geldigheidsvereiste van haar inhoud.<sup>6</sup> Het vereiste van bepaaldheid van de rechtshandeling heeft mijns inziens een gelijke waarde als de bestaansvereisten die zien op de totstandkoming van de rechtshandeling, te weten: een beoogd rechtsgevolg en een daarmee overeenstemmende wilsuiting. Het bepaaldheidsvereiste ligt in deze twee bestaansvereisten besloten en is daarmee, ondanks dat het bepaaldheidsvereiste ziet op een *bepaald onderwerp/inhoud*, van belang voor de *totstandkoming* van de rechtshandeling. Een handeling zonder bepaalde inhoud, waaruit geen beoogde rechtsgevolgen kunnen worden vastgesteld, is mijns inziens geen rechtshandeling en kan niet tot stand komen.

Dat gebrek aan bepaaldheid van de rechtshandeling haar 'non-existentie' of 'nietigheid' met zich brengt, zien we ook in de parlementaire geschiedenis van Titel 3.2 BW terug:

'Naar het voorlopig oordeel van de commissie [de vaste Commissie voor Justitie, toev. NB] verdient het aanbeveling in titel 3.2 een bepaling op te nemen, inhoudende dat iedere rechtshandeling waarvan de inhoud onvoldoende bepaalbaar is, *nietig* is (cus. NB).'<sup>7</sup>

4. Vgl. Asser/Rutten-II 1982, p. 62 e.v. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 95.

5. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 95.

6. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 282 merken in het kader van de verbintenisscheppende overeenkomst op dat het bepaaldheidsvereiste een geldigheidsvereiste is dat betrekking heeft op de inhoud van de overeenkomst. Zie over *essentialia* en het onderscheid met *naturalia* en *accidentalialia* bij overeenkomsten Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 96. *Essentialia* zijn wezenlijke bestanddelen van de overeenkomst. *Naturalia* en *accidentalialia* zijn niet-wezenlijke bestanddelen van de overeenkomst.

7. *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123. Zie ook *Kamerstukken II 1984/85*, 17496, 9, p. 7 (VV II Inv.). Zie in dit verband ook Hijma & Olthof 1982, p. 258 noot 3.

Een nietige rechtshandeling wordt van rechtswege geacht nooit te hebben plaatsgevonden. Aan haar komen zodoende geen rechtsgevolgen toe. Ofwel: een nietige rechtshandeling is geen rechtshandeling.

De zojuist geciteerde aanbeveling van de vaste Commissie voor Justitie is overigens niet overgenomen. In de Memorie van Antwoord is te lezen:

'Naar in de toelichting bij art. 6.5.2.10 (Pari. Gesch. Boek 6, blz. 895) is opgemerkt, geldt het vereiste van een bepaald onderwerp voor alle rechtshandelingen, doch behoeft dat niet uitdrukkelijk in de wet te worden vermeld (curs. NB).'<sup>8</sup>

Titel 3.2 BW kent dan ook geen uitdrukkelijke bepaling waarin is opgenomen dat rechtshandelingen waarvan de inhoud in onvoldoende mate is bepaald, nietig zijn. Toch geldt het bepaaldheidsvereiste als essentialia voor iedere rechtshandeling. Wat dit betreft zou het bepaaldheidsvereiste als een *ongeschreven regel* kunnen worden bestempeld.<sup>9</sup> Het wordt desalniettemin in enkele bepalingen buiten Titel 3.2 BW expliciet door de wetgever uitgesproken.

#### 4.2.2. Wettelijke bepalingen buiten Titel 3.2 BW

Het bepaaldheidsvereiste komt in de wet uitdrukkelijk naar voren in art. 6:227 BW, art. 3:84 lid 2 BW, art. 3:231 lid 2 BW en art. 3:260 lid 1 BW. In andere artikelen wordt het bepaaldheidsvereiste niet met zoveel woorden genoemd, maar het ligt zoals gezegd niettemin in iedere (geldige) rechtshandeling besloten. Met name over art. 6:227 BW (dat ziet op de verbintenisscheppende ofwel obligatoire overeenkomst, zoals de koop- of schenkingsovereenkomst) en art. 3:84 lid 2 BW (in verband met de overdracht van een goed) is in de literatuur en jurisprudentie het een en ander opgemerkt, waarop ik hierna in de paragrafen 4.3 en 4.4 nader in zal gaan.

Art. 6:227 BW bepaalt voor de verbintenisscheppende overeenkomst als bedoeld in art. 6:213 lid 1 BW<sup>10</sup> dat de verbintenissen die partijen op zich nemen *bepaalbaar* moeten zijn. Op grond van de schakelbepaling van art. 6:216 BW is deze bepaling *in beginsel* van overeenkomstige toepassing op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen, zoals bijvoorbeeld de vaststellingsovereenkomst (titel 7.15 BW), de goederenrechtelijke overeenkomst (art. 3:84 en 3:98 BW) of de bewijsovereenkomst (art. 7:900 lid 3 BW). Althans, voorzover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de *aard van de rechtshandeling* zich daartegen niet verzet. Wat dit inhoudt en wat *bepaalbaar* is, behandel ik hierna in paragraaf 4.3.

Art. 3:84 lid 2 BW schrijft voor dat bij de titel, die voor de overdracht van een goed wordt vereist, het goed met voldoende bepaaldheid moet zijn omschreven. Via de schakelbepaling van art. 3:98 BW geldt dit ook voor de vestiging, overdracht en afstand van een beperkt recht, zoals bijvoorbeeld de verpanding van een goed. Daarmee stelt

8. *Kamerstukken II* 1984/85, 17496, 10, p. 15 (MvA II Inv.), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123.

9. Zo ook Breemhaar 1992, nr. 72, die hiervoor ook verwijst naar *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895 e.v.; Hijma & Olthof 1982, p. 258, noot 3; Van Schilfgaarde 1982, p. 549, noot 3.

10. Dat wil zeggen: 'de meerzijdige rechtshandeling waarbij één of meer partijen jegens één of meer andere een verbintenis aangaan.' Bijvoorbeeld de verbintenisscheppende *schenking*.

art. 3:84 lid 2 BW in het goederenrecht, zoals Stuycken opmerkt, in het algemeen het bepaaldheidsvereiste, 'dat geldt voor alle vormen van beschikkingshandelingen over alle soorten goederen, in samenhang met de schakelbepaling van art. 3:98 tevens voor de vestiging van beperkte rechten op alle soorten goederen'.<sup>11</sup> Ik kom op art. 3:84 lid 2 BW terug in paragraaf 4.4, waarin ik inga op het bepaaldheidsvereiste voor de goederenrechtelijke overeenkomst.

Het bepaaldheidsvereiste dat in art. 6:227 BW en art. 3:84 lid 2 BW besloten ligt,<sup>12</sup> zal ik in dit hoofdstuk nader belichten omdat hun uitleg behulpzaam kan zijn voor de uitleg van het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor uiterste wilsbeschikkingen. Zo komt het bepaaldheidsvereiste van art. 6:227 BW aan bod vanwege de eerder genoemde gelijkenis tussen de schenking en het legaat (zie ook paragraaf 2.4 'Intermezzo: schenking'). Zowel het legaat als de schenking zien op *verbintenissenrechtelijke* verhoudingen.

Het bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW zou behandeld kunnen worden vanwege de wijze waarop een legaat geleverd dient te worden. De legataris is immers 'opvolger onder bijzondere titel' en dient het legaat geleverd te krijgen. Voor dit onderzoek naar de mogelijkheid van wilsdelegatie, is de wijze waarop een legaat geleverd dient te worden evenwel niet van belang. Ik behandel art. 3:84 lid 2 BW dan ook vanuit een ander oogpunt, namelijk vanwege de uitleg van het bepaaldheidsvereiste voor *goederenrechtelijke verhoudingen*. Wellicht kan deze uitleg behulpzaam zijn voor de opvatting van het bepaaldheidsvereiste voor de erfstelling, waar het eveneens goederenrechtelijke verhoudingen betreft (doch dat op de vlakken van 'meerszijdige rechtshandeling' en 'opvolging onder bijzondere titel' niet met art. 3:84 lid 2 BW is te rijmen).

#### 4.2.3. *Parlementaire geschiedenis van Titel 3.2 BW*

In deze subparagraaf geef ik het antwoord van de minister op de aanbeveling van de vaste Commissie voor Justitie om een regeling over de bepaaldheid van rechtshandelingen in Titel 3.2 BW vast te leggen, in zijn geheel weer. Deze uitgebreide parafrasering zal namelijk in de hierna volgende paragrafen als richtlijn dienen voor de vraag hoe (dat wil zeggen in welke dimensie)<sup>13</sup> het bepaaldheidsvereiste ten aanzien van verscheidene soorten rechtshandelingen, te weten verbintenisscheppende overeenkomsten (paragraaf 4.3), 'zakelijke' ofwel goederenrechtelijke overeenkomsten (paragraaf 4.4) en eenzijdige rechtshandelingen (paragraaf 4.5), dient te worden opgevat. Aan de hand van het antwoord op deze vraag kan vervolgens de betekenis van het bepaaldheidsvereiste voor de uiterste wilsbeschikking worden blootgelegd.

11. Struycken 1999, p. 579.

12. De bepaaldheid die tot uitdrukking komt in art. 3:231 lid 2 en art. 3:260 lid 1 BW ziet op de vestiging van zekerheidsrechten, zie in dit verband ook art. 3:84 lid 2 jo. art. 3:98 BW.

13. Geldt er een soepel bepaaldheidsvereiste (bijvoorbeeld *bepaalbaar*) of een strikt bepaaldheidsvereiste (*volledig bepaald*)?

'Onder verwijzing naar Hijma en Olthof, W.P.N.R. 5605 (1982) blz. 258 noot 3, gaf de Commissie als haar voorlopig oordeel te kennen dat het aanbeveling verdient in titel 3.2 een bepaling op te nemen, inhoudende dat iedere rechtshandeling waarvan de inhoud onvoldoende bepaalbaar is, nietig is.

Naar in de toelichting bij art. 6.5.2.10 (Pari. Gesch. Boek 6, blz. 895) [thans art. 6:227 BW, toev. NB] is opgemerkt, geldt het *vereiste van een bepaald onderwerp* [dat wil zeggen het *bepaaldheidsvereiste*, toev. NB] voor *alle rechtshandelingen*, doch behoeft dat niet uitdrukkelijk in de wet te worden vermeld; wel is het wenselijk geacht om voor de *verbintenisscheppende overeenkomst* de regel van de rechtspraak vast te leggen dat *bepaalbaarheid voldoende* is. Dit laatste wordt vervolgens aldus uitgewerkt, dat een verbintenis bepaalbaar is, wanneer de vaststelling kan geschieden naar van tevoren vaststaande criteria, die een *subjectief element* kunnen inhouden, in dier voege dat de nadere vaststelling van de inhoud aan een derde, ja zelfs aan een der partijen kan worden opgedragen, in welk laatste geval de vaststelling moet plaatsvinden met inachtneming van hetgeen door de redelijkheid en de billijkheid wordt gevorderd.

Zoals uit het bovenstaande blijkt, is art. 6.5.2.10 bedoeld als een versoepeling voor de obligatoire overeenkomst van de voor alle rechtshandelingen geldende eis van een bepaald onderwerp [het bepaaldheidsvereiste, toev. NB], en wel één die niet los gezien kan worden van de eisen van redelijkheid en billijkheid waardoor de obligatoire overeenkomst blijktens art. 6.5.3.1 [thans art. 6:248 BW, toev. NB] mede wordt beheerst. De regel van art. 6.5.2.10 leent zich dan ook niet voor toepassing op alle andere rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten. Dat voor de *zakelijke overeenkomst* een iets *strikt*er stelsel geldt, blijkt uit de artt. 3.4.2.2 lid 2, 3.4.2.4 en 3.4.2.11 [thans artt. 3:84 lid 2, 3:89 en 3:98 BW, toev. NB] waarvan zeker het eerste artikel overigens op een ruime uitleg aanspraak kan maken, in het bijzonder wanneer het om overdracht bij voorbaat van toekomstige goederen gaat, zoals hieronder nog uitvoerig aan de orde zal komen in verband met het derde punt, dat door de commissie aan de orde is gesteld bij de artikelen 3.4.2.10, 3.4.2.2 lid 1, 3.4.2.7 lid 1 [thans artt. 3:97, 3:84 lid 1, 3:94 BW, toev. NB] en artikel 475 Rv. Men zie in dit verband ook artikel 3.9.1.5 lid 2 [thans art. 3:231 lid 2 BW, toev. NB]. Ook voor vele *eenzijdige rechtshandelingen* zou een algemene regel als die van art. 6.5.2.10 niet passend zijn. Zo zal uit een opzeggingsverklaring duidelijk moeten blijken op welke overeenkomst zij betrekking heeft en eventueel – afhankelijk van de wettelijke of contractuele regeling waarop de bevoegdheid tot opzegging berust – op welke grond en tegen welke termijn zij geschiedt; van een bevoegdheid van de opzeggende partij om hieromtrent later duidelijkheid te verschaffen of dat aan een derde over te laten, is geen sprake. Hetzelfde geldt voor eenzijdige rechtshandelingen strekkende tot ontbinding of vernietiging van overeenkomsten, tot verrekening van een schuld met een tegenvordering, etc. In het algemeen kan gezegd worden dat *ten aanzien van eenzijdige rechtshandelingen veelal uit de wet voortvloeit aan welke vereisten zij naar vorm en inhoud moeten voldoen teneinde het beoogde rechtsgevolg in het leven te roepen*, hetgeen tevens inhoudt dat zij, zo zij niet aan deze vereisten voldoen, nietig zijn. Ook om dit laatste te doen vaststaan, is derhalve geen algemene wetsbepaling in de trant van art. 6.5.2.10 nodig (curs. NB).<sup>14</sup>

In de navolgende paragrafen zal ik op deze summiere uitleg van de minister inhaken en aan de hand van opmerkingen over het *vereiste van een bepaald onderwerp* (ofwel het bepaaldheidsvereiste) in de literatuur en jurisprudentie trachten om zijn betekenis voor de verscheidene rechtshandelingen te achterhalen. Het uiteindelijke doel hiervan is het inzichtelijk maken van de strekking van het bepaaldheidsvereiste voor de uiterste wilsbeschikking en daarmee het geven van het antwoord op de vraag in hoeverre het mogelijk is om een ander mede *de inhoud* van uiterste wilsbeschikkingen te laten bepalen.

14. *Kamerstukken II* 1984/85, 17496, 10, p. 15 en 16 (MvA II Inv.), *Parl. Gesch. Boek* 3, p. 1123-1124.



### 4.3. Bepaaldheidsvereiste in het verbintenissenrecht

#### 4.3.1. Inleidend

Ten aanzien van de bepaaldheid van verbintenissen wordt door de minister opgemerkt dat het wenselijk is geacht om voor de verbintenisscheppende overeenkomst vast te leggen dat bepaalbaarheid voldoende is.<sup>15</sup> Art. 6:227 BW luidt dan ook:

'De verbintenissen die partijen op zich nemen moeten *bepaalbaar* zijn (curs. NB).'

Van *bepaalbaarheid* is, zo werd reeds hierboven in paragraaf 4.2.3 weergegeven, sprake indien:

'de vaststelling kan geschieden naar van tevoren vaststaande criteria, die een subjectief element kunnen inhouden, in dier voege dat *de nadere vaststelling van de inhoud aan een derde*, ja zelfs aan een der partijen *kan worden opgedragen* [...] (curs. NB).'<sup>16</sup>

Ten aanzien van de *verbintenisscheppende* overeenkomst, zoals bijvoorbeeld de koop- en schenkingsovereenkomst,<sup>17</sup> is het met andere woorden mogelijk om een derde (die geen partij bij de overeenkomst is) mede *de inhoud van de overeenkomst* te laten bepalen. Wat dit concreet inhoudt en hoeveel vrijheid aan de derde kan worden gegeven bij het nader bepalen van de inhoud van overeenkomsten, behandel ik in de volgende paragrafen. Ik ga allereerst in op de 'voorloper' van art. 6:227 BW, te weten: art. 1356 oud BW, waarin het bepaaldheidsvereiste als *bestaansvereiste* voor de overeenkomst tot uitdrukking werd gebracht.

#### 4.3.2. Art. 1356 oud BW

##### 4.3.2.1. Onderwerp

Zoals ook hierboven reeds door mij is opgemerkt, verlangde art. 1356 oud BW dat voor de bestaanbaarheid van overeenkomsten aan de volgende vier voorwaarden werd voldaan:

1. de toestemming van degenen die zich verbinden;
2. de bekwaamheid om een verbintenis aan te gaan;
3. *een bepaald onderwerp*;
4. een geoorloofde oorzaak.<sup>18</sup>

15. Zie ook *Kamerstukken II* 1984/85, 17496, 10, p. 15 (MvA II Inv.), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123.

16. *Kamerstukken II* 1984/85, 17496, 10, p. 15 (MvA II Inv.), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123.

17. Hiermee doel ik dan steeds op de schenking in de vorm van een verbintenisscheppende overeenkomst. Schenkingen kunnen zich evenwel ook in een andere vorm dan die van een verbintenisscheppende overeenkomst voordoen. Bijvoorbeeld in de vorm van een liberatoire overeenkomst, zoals de kwijtschelding.

18. Voor een toelichting op de bestaansvereisten 1, 2 en 4 verwijs ik naar Asser/Rutten-II 1982, p. 62 e.v.

In deze subparagraaf stip ik kort aan wat het vereiste van *een bepaald onderwerp* met betrekking tot de overeenkomst inhield.

Teneinde het beoogde rechtsgevolg in het leven te roepen, moest iedere overeenkomst een bepaald onderwerp hebben. Onder onderwerp in art. 1356 oud BW werd verstaan 'het geheel van rechten en verplichtingen welke de overeenkomst doet ontstaan'.<sup>19</sup> Als vrijwel algemeen aanvaarde opvatting heeft de wetgever met het onderwerp van de overeenkomst bedoeld:

'Het voorwerp der verbintenis, de prestatie dus, *id quod debetur*, datgene waartoe de schuldenaar verplicht en de schuldeiser gerechtigd is.'<sup>20</sup>

Onder het onderwerp van de overeenkomst dient dus *niet* te worden verstaan het *voorwerp van de prestatie* ofwel 'de zaak'.<sup>21</sup> Het gaat om de *prestatie* (het voorwerp van de verbintenis) zelf.<sup>22</sup>

'Indien een huis wordt verkocht is het onderwerp der overeenkomst niet het huis, maar het in eigendom leveren van het huis en het betalen van de koopsom. Bij de arbeidsovereenkomst is het onderwerp der overeenkomst: het verrichten van arbeid enerzijds, anderzijds het betalen van loon.'<sup>23</sup>

Het onderwerp van de overeenkomst is met andere woorden synoniem aan het voorwerp van de verbintenis ofwel de prestatie. Hiertoe behoren overigens niet de *subjecten* van de verbintenis, dat wil zeggen de schuldeiser en de schuldenaar.<sup>24</sup> Op de vraag *óf* en in hoeverre deze subjecten van de verbintenis (in het licht van de verbintenisscheppende overeenkomst) voor haar rechtsgeldigheid bepaald dienen te zijn, ga ik nader in, in paragraaf 4.3.8. Bij het voorwerp van de verbintenis (het onderwerp) gaat het enkel om het *object*. Zoals gezegd dient dit object/ voorwerp van de verbintenis niet te worden vereenzelvigd met 'de zaak'.<sup>25</sup>

19. Asser/Rutten-II 1982, p. 156.

20. Asser/Rutten-II 1982, p. 156.

21. Vgl. Asser/Rutten-II 1982, p. 157. Zoals Rutten aangeeft, heeft een verbintenis immers niet telkens een zaak tot onderwerp. Dit is slechts het geval bij verbintenissen om te geven, maar bijvoorbeeld niet bij verbintenissen om te dulden, te doen of niet te doen.

22. Vgl. Pitlo/Bolweg 1979, p. 224, waarin wordt opgemerkt dat het beter is om te spreken over het 'voorwerp' in plaats van het onderwerp: 'Onderwerp (subject) van de verbintenis is de schuldenaar enerzijds, de schuldeiser anderzijds. [...] Dat de overeenkomst een bepaald voorwerp moet hebben, wil immers niets anders zeggen dan dat het voorwerp van de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien, bepaald moet zijn. Het voorwerp van een verbintenis (de inhoud daarvan) is, zo zagen wij in de inleiding, de prestatie die de debiteur moet verrichten.'

23. Asser/Rutten-II 1982, p. 157.

24. Zie in dit kader ook Kolkman 2006, p. 8 die schrijft: 'In het Romeinse recht ligt bij de verbintenis de nadruk op de band tussen schuldeiser en schuldenaar. De subjecten van de verbintenis zijn van doorslaggevende betekenis voor haar identiteit [...]. Langzaam echter wordt de band met de subjecten losser en komt de nadruk op het object van de verbintenis te liggen. In navolging van de Duitse literatuur neemt de Nederlandse als heersende visie aan dat het kernelement van een verbintenis het recht op een prestatie is. [...] Niet de band tussen de persoon op wie de prestatieplicht rust en de persoon die tot de prestatie gerechtigd is, doch de prestatie zelf komt centraal te staan (curs. NB).'

25. Zie ook Asser/Rutten-I 1981, p. 13 e.v.

Als onderwerp van de verbintenis kan kortom worden aangemerkt: het voorwerp van de verbintenis ofwel de prestatie ofwel het object.

#### 4.3.2.2. Bepaaldheid van verbintenissen...

##### A) ...uit overeenkomst

Het onderwerp van de verbintenis dient steeds in voldoende mate te zijn bepaald. Rutten merkt op dat de eis van voldoende bepaaldheid enkel praktisch belang heeft voor verbintenissen *uit overeenkomst*, omdat de verbintenissen die uit de wet voortvloeien steeds met de nodige bepaaldheid zijn omkleed.<sup>26</sup> De eis van voldoende bepaaldheid heeft evenwel ook praktisch belang voor verbintenissen *uit een uiterste wilsbeschikking*.<sup>27</sup> Sinds 1 januari 2003 heeft, door het toen ingevoerde erfrecht, de testeervrijheid aanzienlijk terrein gewonnen. Er worden steeds flexibelere uiterste willen mét keuzeverlening voor anderen gemaakt. Hierbij mag het bepaaldheidsvereiste mijns inziens niet uit het oog worden verloren.<sup>28</sup> Hoeveel keuzes mogen er aan een ander worden gegeven? De wet is hierover verre van duidelijk. En ook in de literatuur is over de bepaaldheid van de uiterste wilsbeschikking en de daaruit voortkomende verbintenissen nagenoeg niets geschreven.<sup>29</sup> Het is om deze reden dat ik hierna de bepaaldheid van verbintenissen *uit overeenkomst*, zoals de schenking, nader bestudeer.<sup>30</sup> Wat is hierover opgemerkt in de wet en in de literatuur en wat kan hieruit vervolgens voor de bepaaldheid van verbintenissen *uit de uiterste wilsbeschikking* worden geleerd?

Alvorens ik de stap naar het huidige verbintenissenrecht maak, volg ik de reeds bewandelde route en besteed ik nog aandacht aan het bepaaldheidsvereiste zoals dat tot uitdrukking kwam in het *oude BW*.

26. Asser/Rutten-I 1981, p. 14. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 23. Zie voor verbintenissen die uit de wet voortvloeien, art. 1388-1416 oud BW en Asser/Rutten-I 1981, p. 51 e.v. Een voorbeeld is de onrechtmatige daad. Thans bepaalt art. 6:1 BW dat verbintenissen slechts kunnen ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit. De wet is hiermee de enige bron van verbintenissen geworden en de overeenkomst is als bron van verbintenissen aan haar ondergeschikt. Brunner & De Jong 2004, nr. 23-25. Zie over bronnen van de verbintenis uitgebreid Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 47 e.v.
27. Zie over het erfrecht als bron van verbintenis B. Schols 2007a over de grondslagen van executiele als erfrechtelijke verbintenis. Zie over de eenzijdige rechtshandeling als bron van verbintenis Cauffman 2005.
28. Zou hierbij het onderwerp van de rechtshandeling dan niet enkel het object/voorwerp van de verbintenis beslaan, maar tevens het subject van de verbintenis?
29. Over het bepaaldheidsvereiste in het kader van de uiterste wilsbeschikking wel Breemhaar 1992, nr. 72. Zie ook subparagraaf 2.2.2.5 'Link met wilsdelegatie' en Bauduin 2011.
30. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 50 waarin wordt opgemerkt dat 'wegens haar [bedoeld wordt 'de eenzijdige rechtshandeling', toev. NB] gelijkenis met de overeenkomst is het gewenst daarop zo veel mogelijk de voor de overeenkomst geldende regels toe te passen' en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 101. Zie voorts het citaat in B. Schols 2007a, p. 115 uit de *Parl. Gesch. Vast.* (Boek 4), p. 772: 'Door het legaat ontstaat een verbintenisrechtelijke verhouding, welke op één lijn moet worden gezien met de verbintenisrechtelijke verhouding, die uit een overeenkomst ontstaat.'

## B) ...in de wet

In art. 1368, 1369 en 1370 oud BW heeft de wetgever getracht het bepaaldheidsvereiste voor verbintenissen uit overeenkomst nader in te kleden. De wetgever zou hierin slechts gebrekkig zijn geslaagd:

'Vooreerst schijnt hij daarbij uitsluitend te hebben gedacht aan overeenkomsten om te geven en heeft hij, sprekende over het onderwerp der overeenkomst, daarmede kennelijk bedoeld het voorwerp der prestatie [ofwel de 'zaak', in plaats van de prestatie, toev. NB]. Voorts houden de artt. 1368 en 1370, lid 2, nauwelijks verband met de bepaaldheid van het onderwerp.'<sup>31</sup>

Art. 1368, 1369 en 1370 oud BW meldden niets over de bepaaldheid van het *onderwerp van verbintenissen*. Ze zagen namelijk slechts op de bepaaldheid van de *zaak*, zoals het huis of de boekenkast.<sup>32</sup> En zelfs ten aanzien van de vraag naar de bepaaldheid van zaken, vertelden de bovengenoemde artikelen bitter weinig.

Art. 1368 oud BW schreef voor dat 'de zaken welke in den handel zijn kunnen alleenlijk het onderwerp van overeenkomst uitmaken.' Daarmee was niets gezegd over de *mate van bepaaldheid* van zaken.<sup>33</sup> Ook art. 1370 lid 2 oud BW zei hierover niets. In dit artikel was enkel vastgelegd dat men in de regel geen afstand kon doen van een erfenis die nog niet was opengevallen, noch enig beding hierover kon aangaan, ook niet met toestemming van de erflater (vgl. in dit kader art. 4:4 BW).<sup>34</sup> In art. 1370 lid 1 oud BW was evenwel neergelegd dat toekomstige zaken in beginsel het onderwerp van een overeenkomst konden zijn. In het woord 'toekomstig' lag besloten dat over zaken kon worden beschikt, terwijl de *bestaanskans* van de zaken *onzeker* was.<sup>35</sup> Het leek daarmee met de bepaaldheid van *zaken* niet zo nauw te komen. Hetgeen mijns inziens door art. 1369 oud BW werd bevestigd:

1. Eene overeenkomst moet tot onderwerp hebben eene zaak welke ten minste ten aanzien van hare soort bepaald is.
2. De hoeveelheid der zaak kan onzeker zijn, mits die hoeveelheid naderhand kunnen worden bepaald of uitgemaakt.'

Zaken in overeenkomsten hoefden niet individueel te zijn bepaald. Het was voldoende dat zij *naar soort bepaald* waren. Evenmin hoefde de zaak, de soort zaken of de hoeveelheid van de zaak bij aanvang van de overeenkomst vast te staan. *Bepaalbaarheid* voldeed. De zaak, soort zaken of hoeveelheid kon dan ook op een later tijdstip door een persoon of door omstandigheden nader worden vastgesteld.<sup>36</sup>

Rutten geeft hierbij overigens aan dat er evenwel soorten in soorten bestaan en dat art. 1369 lid 1 oud BW niet meebracht dat aan het bepaaldheidsvereiste was voldaan indien de zaak ten aanzien van haar soort was bepaald. Of aan het bepaaldheidsver-

31. Asser/Rutten-II 1982, p. 159.

32. Vgl. hetgeen ik heb opgemerkt in subparagraaf 4.3.2.1 'Onderwerp'.

33. Over art. 1368 oud BW Asser/Rutten-II 1982, p. 169-170. Zie ook Hofmann & Abas 1977, p. 108-109.

34. Hierover Asser/Rutten-II 1982, p. 161 e.v.

35. Zie ook Asser/Rutten-II, p. 160.

36. Asser-Rutten-II, p. 159 e.v.

eiste was voldaan, dient zijns inziens steeds naar de omstandigheden te worden beoordeeld. Toch voorzag hij geen moeilijkheden bij de toepassing van deze wetsbepaling, die hij overigens als *overbodig* heeft aangeduid:

'De omstandigheden zullen bijna steeds een voldoende bepaaldheid rechtvaardigen. Vergelijk bijvoorbeeld Hof Amsterdam 6 juni 1946, NJ 1947, 265. Het wil mij voorkomen, dat de eventuele moeilijkheden op dit gebied grotendeels liggen op het terrein van de uitlegging van overeenkomsten.'<sup>37</sup>

Deze aanduiding als *overbodig* is kennelijk ook door de minister gedeeld. Hij heeft de bepalingen over de bepaaldheid van een zaak naar soort en hoeveelheid (art. 1369 oud BW) weggelaten in het huidige BW.<sup>38</sup>

Met de bepaaldheid van zaken luisterde het dus niet zo nauw. Maar hoe zat het met de bepaaldheid van het *onderwerp*, ofwel met de bepaaldheid van het voorwerp van de verbintenis? De wettelijke bepalingen die volgen op art. 1356 oud BW gaven hierover geen indicatie. Wat kan hierover uit de literatuur worden afgeleid? Ik bekijk dit in de onderstaande paragraaf.

#### C) ...in de literatuur

Wanneer was het onderwerp van een overeenkomst onder het oude BW voldoende bepaald?

'Het is moeilijk in abstracto aan te geven wanneer voldoende bepaaldheid aanwezig is. Tussen bepaald en onbepaald is nu *eenmaal geen scherpe grens*. De verbintenis is waardeloos, ongeldig, wanneer haar voorwerp geheel onbepaald is, zodat niet kan worden uitgemaakt waartoe de schuldenaar verplicht is. Krachteloos is dus de verbintenis om 'een huis' te bouwen zonder nadere aanduiding. Vergelijk o.a. Hof 's-Gravenhage, 15 maart 1915, NJ. 1916 p. 50, Rb. Rotterdam, 7 april 1922, NJ. 1923 p. 232, W. 10941, H.R. 4 dec. 1924, NJ. 1925 p. 265, Ktg. Rotterdam 21 april 1936, NJ. 1937 no. 411, Ktg. Utrecht 9 dec. 1970, *Praktijkids* 1971 no. 667 en Ktg. Gronlo 10 sept. 1971, *Praktijkids* 1972 no. 693 (curs. NB).'<sup>39</sup>

Een *geheel onbepaald* voorwerp maakte de verbintenis onder het oude recht ongeldig.<sup>40</sup> Diende de verbintenis dan steeds in alle bijzonderheden te zijn bepaald? Het antwoord op deze vraag luidde ontkennend:

'Voldoende – maar dan ook vereist – is, dat die bepaaldheid later kan worden verkregen. Met andere woorden, de prestatie moet *bepaalbaar* zijn. Aldus uitdrukkelijk H.R. 27 febr. 1980, NJ. 1980, 352 m.nt. G.J.S.'<sup>41</sup>

Met het 'later verkrijgen' van de bepaalbaarheid werd bedoeld:

37. Asser-Rutten-II, p. 159.

38. Vgl. ook art. 1370 lid 1 oud BW, waarover *Parl. Gesch. Boek* 6, p. 915.

39. Asser/Rutten-I 1981, p. 14.

40. Dit vloeit ook voort uit het gegeven dat rechtsgevolgen enkel kunnen worden vastgesteld indien er sprake is van een zekere mate van bepaaldheid (vgl. paragraaf 2.2.2 en 4.1).

41. Asser/Rutten-I 1981, p. 14. Zie in dit kader ook Asser/Rutten-II 1982, p. 157 e.v.

'De nadere bepaling kan dan geschieden door de handeling van een derde (zie bijvoorbeeld art. 1501, lid 2 B.W.) of van een der partijen (art. 135 boek 2 B.W.), door rechterlijke beslissing (zie bijvoorbeeld art. 1637w B.W.) of door andere omstandigheden (bijvoorbeeld bij verkoop tegen de marktprijs van de dag der levering). Vergelijk ook H.R. 13 jan. 1938, *N.J.* 1938 no. 566 m.nt. P.S. en 30 jan. 1953, 578 m.nt. PH.A.N.H.<sup>42</sup>

Het gegeven dat de nadere bepaling van de prestatie door de handeling van een derde, door een van de partijen of door de rechter kon geschieden, laat doorschemeren dat het bepaaldheidsvereiste niet een onrekbaar vereiste is dat telkens strikt dient te worden opgevat. De inhoud van de prestatie hoefde immers niet in volledigheid te zijn bepaald, maar kon op een later moment worden aangevuld. Deze vaststelling is in het kader van de uitleg van het bepaaldheidsvereiste voor de uiterste wilsbeschikking zeer interessant. Zou een derde of bijvoorbeeld een begiftigde daar (ten aanzien van de uiterste wilsbeschikking) ook de prestatie nader kunnen bepalen? Op deze vraag ga ik in het volgende hoofdstuk (hoofdstuk 5) nader in.<sup>43</sup>

Bolweg<sup>44</sup> merkt op dat *voldoende bepaald* wil zeggen: *bepaalbaar aan de hand van objectieve maatstaven*. Dit zou erop kunnen duiden dat er volgens hem voor bepaalbaarheid aan de hand van *subjectieve elementen*, zoals het *oordeel van een derde*, geen plaats is (en voor wilsdelegatie zodoende evenmin). Toch zal Bolweg dit niet hebben bedoeld, want hij merkt eveneens op dat:

'Zo heeft de verkoop van een partij goederen tegen een door een taxateur vast te stellen prijs een bepaald voorwerp [...]

Men besluite echter niet te gauw tot nietigheid op deze grond [bedoeld wordt onbepaaldheid, toev. NB] want een objectieve maatstaf als hierboven bedoeld is ook gelegen in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is en voorts in art. 1374 lid 3: overeenkomsten moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gelegd. Deze verplichting geeft veelal de nodige bepaaldheid aan een schijnbaar te onbepaalde inhoud. A had aan B geld geleend en daarbij bedongen dat B hem zoveel roerende en onroerende goederen tot zekerheid zou overdragen *als hij (A) zou aanwijzen*. Bij arrest van 13 januari 1928 [1938, correctie N.B.] (*N.J.* 1938, 566) besliste de H.R. dat deze overeenkomst niet aan het euvel van een onbepaald voorwerp leed, aangezien de eis van de goede trouw aan A een limiet stelde; [...] (curs. NB).<sup>45</sup>

De 'objectieve maatstaf' van Bolweg kan dus toch ook subjectieve elementen bevatten. Ik meen dat Bolweg met zijn 'objectieve maatstaf' bedoeld dat *in de overeenkomst duidelijk moet zijn vastgelegd* hoe de concretisering van de inhoud van de overeenkomst zal plaatsvinden ('deskundige X zal het bedrag dat verschuldigd is bepalen'). Ofwel de vaststelling van de inhoud dient te geschieden *aan de hand van tevoren vaststaande criteria*, die evenwel ook het oordeel van een derde of een der partijen kunnen omvatten. Dit is ook de regel van de rechtspraak, zoals ik hierna zal toelichten.

42. Asser/Rutten-I 1981, p. 14. Zie in dit kader ook Asser/Rutten-II 1982, p. 157 e.v.

43. Zie over het vereiste van een bepaald onderwerp in het oude BW ook Hofmann & Van Opstall 1959, p. 358-361; Hofmann & Abas 1977, p. 106-115; Pitlo/Bolweg 1979, p. 224-227.

44. Pitlo/Bolweg 1979, p. 224.

45. Pitlo/Bolweg 1979, p. 224.

### 4.3.3. De regel uit de rechtspraak

#### 4.3.3.1. Inleidend

In Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 285 wordt een aantal uitspraken genoemd waarbij het niet bestaan van een overeenkomst op grond van een gemis aan een bepaald onderwerp is aangenomen, evenals een aantal uitspraken waarbij een beroep op een gemis aan een bepaald onderwerp juist is verworpen. Deze uitspraken hebben alle betrekking op art. 1356 oud BW, maar zijn ook voor het huidige BW relevant gebleven. Art. 6:227 BW, waarin het bepaaldheidsvereiste voor de verbintenis-scheppende overeenkomst is neergelegd, beoogt immers inhoudelijk niets anders dan met art. 1356 oud BW tot uitdrukking werd gebracht.<sup>46</sup> Sterker nog: art. 6:227 BW is in de wet neergelegd omdat het wenselijk werd geacht om voor de verbintenis-scheppende overeenkomst *de regel van de rechtspraak* (o.a. Hof Arnhem 10 januari 1934, *NJ* 1934/p. 1205; HR 13 januari 1938, *NJ* 1938/566, die ik hierna behandel) vast te leggen dat bepaalbaarheid voldoende is.<sup>47</sup> Kort gezegd kan uit deze rechtspraak worden opgemerkt dat verbintenissen *bepaalbaar* zijn wanneer hun vaststelling kan geschieden *aan de hand van tevoren vaststaande criteria*. Bijvoorbeeld doordat partijen hebben *afgesproken* hoe de inhoud van de verbintenis verder zal worden geconcretiseerd (door één partij, door een derde, door partijen gezamenlijk etc.).

Hieronder heb ik uit de opsomming in Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 285 twee voorbeelden uitgekozen om de *bepaalbaarheid*, die voor verbintenissen uit overeenkomst geldt, tastbaarder te maken.

Voorbeeld A, waarin het aan *een derde* wordt overgelaten om de inhoud van de verbintenis nader te bepalen, lijkt hierbij een eigenaardige plek in te nemen. In voorbeeld A, te weten Hof Arnhem 10 januari 1934, *NJ* 1934/p. 1205, betreft het namelijk een bepaling uit *statuten* van een N.V, die ziet op interne rechtsverhoudingen. Zoals Waaijer in zijn dissertatie *Statuten en statutenwijziging* opmerkt vormen statuten een conglomeraat van eigensoortige grondregels.<sup>48</sup> Voor wat de regels betreft welke de onderlinge rechtsbetrekkingen bepalen tussen de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie zijn betrokken, dient te worden gerealiseerd dat Hof Arnhem 10 januari 1934, *NJ* 1934/p. 1205 hiervoor nog aansloot bij de *overeenkomst*-theorie.<sup>49</sup> Inmiddels is deze theorie evenwel verlaten en heeft zij plaats gemaakt voor de idee dat de rechtsbetrekkingen tussen de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie betrokken zijn, moet worden gezien als rechtsbetrekkingen van eigen aard, sui generis (de institutionele leer).<sup>50</sup> Hetgeen ik hierna over Hof Arnhem 10 januari 1934, *NJ* 1934/

46. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 284.

47. *Parl. Gesch. Boek* 6, p. 895.

48. Waaijer 1993, paragraaf 1.1.2. Statuten bevatten bepalingen die de rechtspersoon identificeren, regels welke de onderlinge betrekkingen bepalen tussen degenen die in een organisatie rechtelijke betrekking tot de rechtspersoon staan, regels welke de aard en inhoud bepalen van aandelen en lidmaatschapsrechten (deze zijn van goederenrechtelijke aard) en regels die zich richten op de betrekking van de rechtspersoon met derden (denk aan regels inzake vertegenwoordigingsbevoegdheid).

49. Waaijer 1993, p. 9-10.

50. Waaijer 1993, p. 9-10.

p. 1205 opmerk, dient dus telkens gelezen te worden in de geest van 1934. Dat wil zeggen vanuit de *overeenkomst-gedachte*.

In voorbeeld B wordt vervolgens ingegaan op HR 13 januari 1938, *NJ* 1938/566. In deze zaak werd de nadere inhoud van een geldleningsovereenkomst overgelaten aan *één van de partijen*.

#### 4.3.3.2. Voorbeelden bepaalbaar

A) *Hof Arnhem 10 januari 1934, NJ* 1934/p. 1205

De statuten van Banka N.V. bepalen dat:<sup>51</sup>

'Aandeelhouders, die bij verlijden dezer acte niet tevens als loodgieterspatroons gevestigd waren, zijn verplicht alle loodgieterswerken, welke aan hen ter uitvoering worden opgedragen of te hunnen behoefte moeten worden uitgevoerd, te doen uitvoeren door de vennootschap op verbeurte ten behoeve van de vennootschap van *een boete, door Commissarissen te bepalen* [...] (curs. NB).'

Lintelo heeft in strijd gehandeld met deze bepaling en krijgt daarom een door de Commissarissen bepaalde boete opgelegd van f. 10.000. Bij vonnis van de rechtbank is beslist dat de bepaling uit de statuten van Banka NV nietig is, omdat het strafbeding '*een boete door commissarissen te bepalen*', zonder dat een maximum of grens is aangewezen, niet 'iets bepaalds' is in de zin van art. 1340 oud BW.

Het Hof oordeelt daarentegen dat de Rechtbank ten onrechte de nietigheid van de bepaling uit de statuten heeft aangenomen. Hierna zet ik de redeneerwijze van het Hof kort uiteen.

Volgens het Hof dient voor de geldigheid van de hierboven uit de statuten geciteerde bepaling gekeken te worden naar de eisen die gelden voor de bestaanbaarheid van een *overeenkomst*. Aan de eis van bepaaldheid is genoegzaam voldaan, wanneer in de overeenkomst zijn vastgelegd *de aard van de verbintenis en de wijze waarop te zijner tijd haar omvang zal zijn vast te stellen*. Art. 1340 oud BW vereist overigens voor de prestatie niet meer bepaaldheid dan in het algemeen op grond van art. 1356 lid 3 jo. art. 1369 oud BW ten aanzien van het onderwerp van verbintenissen is vereist. 'Iets bepaalds' in art. 1340 oud BW omvat zodoende ook 'bepaalbaar op de in overeenkomst vastgelegde of uit haar voortvloeiende wijze,' zoals in dit geval is voorgeschreven, dat de boete wordt bepaald door het college van commissarissen van Banka, die is aan te merken als een *derde*. Partijen hebben zich aan diens bindend oordeel onderworpen. Hiervoor geldt evenwel op grond van art. 1374 lid 3 oud BW het voorbehoud dat dit oordeel niet hetzij uit hoofde van zijn inhoud hetzij uit hoofde van de wijze, waarop het tot stand is gekomen, zó zeer ingaat tegen wat redelijk en billijk is, dat Banka in strijd met de goede trouw zou handelen door Lintelo daaraan gebonden te willen houden. Een maximum of grens is met andere woorden gelegen in de bepaling van art. 1374 oud BW, dat verlangt dat elke overeenkomst te goeder trouw moet worden tenuitvoergelegd. Lintelo is dan ook slechts gebonden door een boeteopleg-

51. Zie de kanttekening, dat Hof Arnhem 10 januari 1934, *NJ* 1934/p. 1205 nog aansloot bij de overeenkomst-theorie, die ik in de vorige alinea maakte.



ging, welke voldoet aan objectieve eisen van redelijkheid en billijkheid. Ofwel: Banka mag slechts in rekening brengen *een redelijke prijs*, hiermee is de vereiste bepaaldheid van het onderwerp als bedoeld in art. 1356 oud BW aanwezig.

Het Hof oordeelt met andere woorden dat aan de eis van bepaaldheid is voldaan, wanneer in de overeenkomst zijn vastgelegd *de aard van de verbintenis en de manier waarop te zijner tijd haar omvang zal zijn vast te stellen*. De redelijkheid en billijkheid vervullen hierbij een corrigerende rol voor het bepaaldheidsvereiste.<sup>52</sup>

B) *HR 13 januari 1938, NJ 1938/566*

In een overeenkomst van geldlening is in art. 9 bepaald dat:

'De schuldenaar verbindt zich om, indien de schuldeischer zulks mocht verlangen en alsdan op diens eerste aanmaning:

- a. ter geheele of gedeeltelijke voldoening zijner uit deze acte voortvloeiende verplichtingen *aan den schuldeischer zoodanige roerende en/of onroerende goederen en/of rechten in betaling te geven als deze zal eischen*;
- b. tot zekerheid van de nakoming dier verplichtingen *zoodanige roerende en/of onroerende goederen en/of rechten aan den schuldeischer in eigendom over te dragen, zoodanige roerende goederen en/of rechten aan hem in pand te geven en/of op zoodanige onroerende goederen en/of rechten aan hem hypotheek te verleen, alles gelijk de schuldeiser zal eischen*, in beide gevallen onder het maken van zoodanige bedingen en bepalingen als de schuldeischer zal goedvinden te maken (curs. NB).'

De Hoge Raad merkte op dat art. 1356 lid 3 jo. 1369 oud BW tot uitdrukking brachten: het beginsel, dat uit de verbintenis op voldoende wijze moet kunnen worden afgeleid tot hoever de gebondenheid van de schuldenaar gaat. Dit is *niet* het geval indien de verbintenis aan een van de partijen zou overlaten om uit een brede schaal een *willekeurig* kleine of grote maat voor de prestatie vast te stellen.<sup>53</sup>

De verbintenis om in het geval van een schuld van een bepaald bedrag zekerheid te zullen verschaffen, zonder aanduiding *in welke soort of in welke individuele goederen* die zekerheid moet bestaan, voldoet aan de eis van de wet. Bij zodanige verplichting komt het namelijk aan op de waarde van de tot zekerheid te geven goederen, waarvan de maatstaf is te vinden in het *bepaalde* bedrag van de schuld waarvoor de zekerheid wordt verschaft. De soort en de individualiteit voor het beoogde doel hebben slechts bijkomstige betekenis. Dat aan de schuldeiser de keuze wordt gelaten welke goederen hij in zekerheid zal nemen is hierbij niet bezwaarlijk. De schuldeiser is bij zijn keuze

52. Vgl. art 2:8 BW: '1. Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens elkander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd; 2. Een tussen hen krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.'

53. Als er een vertaalslag naar het erfrecht wordt gemaakt, in het bijzonder naar het legaat, zou dan zo bezien kunnen worden gesteld dat het niet mogelijk is om *aan de legataris* over te laten om te bepalen welke waarde van het legaat moet worden ingebracht. Vgl. de casus uit Hof Amsterdam 21 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR1599. Hierop kom ik in paragraaf 5.3.3.3 en paragraaf 6.7 kort terug.

steeds gebonden aan de grens van art. 1374 en 1375 oud BW. Bij de nadere bepaling van de omvang zal de schuldeiser zodoende *te goeder trouw* (ofwel met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid) dienen te handelen.<sup>54</sup>

Wat opvalt in bovenstaande uitspraken is dat de redelijkheid en billijkheid (art. 1374 oud BW) steeds een belangrijke corrigerende, in de zin van objectiverende, rol speelt. Zij lijkt hiermee *willekeur* te voorkomen. De derde of de partij aan wie de nadere invulling van de verbintenis is opgedragen, zal steeds te werk moeten gaan met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid.<sup>55</sup> Hierover enkele woorden in paragraaf 4.3.5.

#### 4.3.3.3. Voorbeelden onbepaaldheid

Van *onbepaaldheid* is daarentegen sprake indien de prestatie dusdanig algemeen is dat het bestaan van een verbintenis niet kan worden aangenomen. Dit was bijvoorbeeld het geval in Rechtbank Zwolle-Lelystad, 8 augustus 2007.<sup>56</sup> Volgens eiseres had haar vriend de heer A, voordat hij overleed, aan eiseres mondeling de toezegging gedaan dat zij een woning in Marbella te Spanje mocht kopen en dat deze woning per direct aan haar in eigendom zou toebehoren. De aanschaf van de woning zou gefinancierd worden door de heer A, waarbij het volgens eiseres ging om een financieringsbedrag tussen de € 2 miljoen en de € 2.5 miljoen. Eiseres stelt dat deze mondelinge toezegging door de heer A moet worden aangemerkt als een *schenkingsovereenkomst*.

De rechtbank oordeelt dat de gestelde toezegging twee aanknopingspunten bevat, namelijk: 1) het moet gaan om *een huis in Marbella* en 2) het aankoopbedrag moet gelegen zijn *tussen de € 2 miljoen en de € 2.5 miljoen*. Naar het oordeel van de rechtbank is dit evenwel dusdanig algemeen dat niet gezegd kan worden dat aan het bepaaldheidsvereiste is voldaan. 'Een huis' is een onbepaald en niet bepaalbaar voorwerp en ook het gestelde richtsnoer voor de aankoopprijs biedt in dit opzicht onvoldoende houvast. Treffender dan de rechtbank het zelf zegt, kan ik het niet verwoorden:

'De vele eigenschappen en details die een huis kenmerken (zoals daar zijn: afmeting, ligging, afwerking, stijl, vorm, en wat dies meer zij) zijn in dit geval geen van alle aangeduid [...]. Ook het gestelde richtsnoer voor de aankoopprijs biedt in dit opzicht onvoldoende houvast, nog daargelaten dat deze een wel heel ruime marge van € 500.000 kent.'<sup>57</sup>

Evenzo was het geval in Hof 's-Hertogenbosch 15 oktober 2002, *NJ* 2003/477,<sup>58</sup> waarin de ene partij stelt dat er tussen partijen een koopovereenkomst met betrekking tot *een*

54. Aldus HR 13 januari 1938, *NJ* 1938/566. Zie voor een soortgelijke casus ook HR 30 januari 1953, *NJ* 1953/578, waarin sprake was van een overeenkomst tussen de Bank (schuldeiser) en Vos (schuldenaar), waarin Vos zekerheid geeft voor *al hetgeen de Bank van hem uit welken hoofde ook, te eniger tijd te vorderen zou hebben*. Wederom was in vraag of deze overeenkomst de nodige bepaaldheid van onderwerp kent. De Hoge Raad oordeelt dat uit art. 1356 en 1369 oud BW slechts volgt dat 'te zijner tijd aan de hand van de overeenkomst – en, zo nodig, van de wet, in het bijzonder van de artt. 1374 en 1375 oud BW – moet kunnen worden vastgesteld, tot zekerheid van welke schulden het op de in eigendom overgedragen zaken verleende recht van verhaal strekt.' Hiervan was in casu sprake.

55. Zie ook Hijma & Olthof 2011, nr. 474.

56. Rb. Zwolle-Lelystad 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BC9476, *NJF* 2008/255.

57. Rb. Zwolle-Lelystad 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BC9476, *NJF* 2008/255.

58. Hof 's-Hertogenbosch 15 oktober 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AI1717, *NJ* 2003/477.

*keuken* ter waarde van plusminus f 30.000 tot stand is gekomen. Deze partij vordert wegens annulering daarvan een vergoeding van 30% van de koopsom. Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelt dat de zaak die voorwerp van de gestelde koopovereenkomst zou zijn, te weten 'een *keuken*' dusdanig onbepaald en evenmin bepaalbaar is. Van een geldige koopovereenkomst is dan ook geen sprake. Het Hof 's-Hertogenbosch merkt op dat 'een *keuken*' een samenstelling is van zeer veel afzonderlijke zaken, die in dit geval geen van alle nader zijn aangeduid. Zo waren niet nader aangegeven: de apparatuur die de koper wenst (oven, kookplaat, afzuigkap, vaatwasser, magnetron enz.), de soort, de uitvoering, het merk, de afmetingen, en verder het soort, het materiaal en de afmetingen van kasten, werkblad, tegel, tafel, spoelbak, kranen, verlichting, en verdere afwerking. Bovendien stond ook de prijs niet vast. Op een schets van de verkoper was immers ook het getal van 40.000 geschreven. Van het tot stand komen van een overeenkomst kon dan ook geen sprake zijn wegens gebrek aan een voldoende bepaald of bepaalbaar onderwerp.

Tot zover de voorbeelden uit de rechtspraak, waaruit geconcludeerd kan worden dat aan de eis van bepaaldheid wordt voldaan indien in de overeenkomst zijn vastgelegd de aard van de verbintenis en de wijze waarop later haar omvang zal zijn vast te stellen. Een dergelijke soepele interpretatie van het bepaaldheidsvereiste, dat *bepaalbaarheid* voldoende acht, is thans door de wetgever neergelegd in art. 6:227 BW. Dit artikel luidt dan ook dat de verbintenissen die partijen op zich nemen, *bepaalbaar* moeten zijn. In de hierna volgende paragrafen richt ik me op de bepaalbaarheid van art. 6:227 BW. Wat houdt deze bepaalbaarheid vandaag de dag concreet in?

#### 4.3.4. Art. 6:227 BW

##### 4.3.4.1. Bepaalbaarheid van verbintenissen

Art. 6:227 BW spreekt, anders dan art. 1356 oud BW, niet van een bepaald onderwerp, maar van de bepaalbaarheid van verbintenissen. De prestatie ofwel het voorwerp van de verbintenis moet voldoende bepaald ofwel *bepaalbaar* zijn. Art. 6:227 BW wijkt evenwel materieel niet af van art. 1356 oud BW en kan worden beschouwd als zijn opvolger.<sup>59</sup> Hetgeen hiervoor is opgemerkt over een *bepaald onderwerp* als bedoeld in art. 1356 oud BW geldt dus evenzo voor art. 6:227 BW.<sup>60</sup> Het gaat er met andere woorden om dat de prestatie ofwel het object van de verbintenis (dat niet vereenzelvigd dient te worden met 'de zaak') *bepaalbaar* is.<sup>61</sup> Volgens Valk behoren hiertoe bij een koopovereenkomst steeds de *soort* en *hoeveelheid*. Dit zijn volgens hem essentiële elementen, zonder welke de overeenkomst niet kan bestaan.<sup>62</sup> De prijs is daarentegen geen essentialia van een koopovereenkomst. Is er geen prijs bepaald, dan is de koper een redelijke prijs verschuldigd (art. 7:4 BW). Vgl. ook art. 7:405 lid 2 BW, art. 7:601

59. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 284.

60. Zie subparagraaf 4.3.2.2 onder C 'Bepaaldheid van verbintenissen...in de literatuur'.

61. Hiertoe behoren zoals gezegd niet *de subjecten*, dat wil zeggen de schuldeiser en de schuldenaar, van de verbintenis. Zie in dit verband ook de opmerking in noot 24 van dit hoofdstuk.

62. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst* 2010, nr. 57: 'Een voorstel tot het sluiten van een koopovereenkomst omtrent een of meer van de in een boekenkast aanwezige boeken is daarom

lid 2 BW, art. 7:618 BW en art. 7:752 lid 1 BW).<sup>63</sup> De redelijkheid en billijkheid springen hier als objectieve factor bij.<sup>64</sup>

#### 4.3.4.2. Soepel bepaaldheidsvereiste

Het bepaaldheidsvereiste in art. 6:227 BW is 'een *versoepeling* voor de obligatoire overeenkomst van de voor alle rechtshandelingen geldende eis van een bepaald onderwerp, en wel één die niet los gezien kan worden van de eisen van redelijkheid en billijkheid waardoor de obligatoire overeenkomst blijkens art. 6:248 BW mede wordt beheerst'.<sup>65</sup>

Het bepaaldheidsvereiste in art. 6:227 BW dient zodoende *soepel* te worden opgevat: *bepaalbaar* volstaat (vgl. art. 1356 oud BW).<sup>66</sup> In subparagraaf 4.3.2.2 zagen we al dat *bepaalbaar* niet hetzelfde is als *bepaald*. Indien de inhoud van een overeenkomst op het moment dat de overeenkomst wordt aangegaan door partijen *bepaald* moet zijn, kan de nadere vaststelling van haar inhoud *niet* op een later moment geschieden. Bij *bepaalbaar* is dit wel het geval. De bepaaldheid kan dan op een later moment worden vastgesteld. Deze vaststelling kan zelfs geschieden door een handeling van *een derde of een van de partijen*.<sup>67</sup> In de parlementaire geschiedenis van Boek 6 BW is dit herhaald. Daarin is te lezen dat, zoals ook is opgemerkt in de parlementaire geschiedenis van Boek 3 BW,<sup>68</sup> de verbintenissen *bepaalbaar* zijn wanneer:

geen aanbod. Als de wederpartij op het voorstel ingaat, zullen partijen immers eerst moeten bepalen hoeveel boeken en ook welke exemplaren van welke titels voorwerp van de koop zullen zijn, voordat van een geldige koopovereenkomst sprake kan zijn. Het voorstel was niet meer dan een uitnodiging om in onderhandeling te treden.' Zie voorts Asser/Hijma 2013 (7-I\*), nr. 200 die schrijft dat bij een genuskoop bepaald of bepaalbaar moet zijn om welke *soort* en om welke *hoeveelheid* het gaat. En bij een speciesoepel moet bepaald of bepaalbaar zijn om welke individuele zaak het gaat. Vgl. HR 13 januari 1938, *NJ* 1938/566, waarin wordt bepaald 'dat de verbintenis om ter zake van een schuld van een bepaald bedrag zekerheid te zullen verschaffen, zonder aanduiding in welke soort of in welke individuele goederen die zekerheid moet bestaan, voldoet aan den eisch, die de wet stelt, omdat bij zoodanige verplichting het aankomt op de waarde van de tot zekerheid te geven goederen, waarvan de maatstaf is te vinden in het bepaalde bedrag van de schuld, waarvoor de zekerheid verschafte wordt, terwijl de soort en de individualiteit voor het beoogde doel slechts *bijkomstige beteekenis hebben* (cus. NB)'.

63. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 96; Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst* 2010, nr. 59.

64. Zie ook Hartkamp 2005, nr. 363 die naast art. 7:4 BW (koopprijs) wijst op art. 6:17 BW (keuze bij alternatieve verbintenis), art. 7:405 lid 2 BW (vaststelling van het loon bij opdracht) en art. 7:752 BW (prijs bij aanneming van werk). Hij merkt hierbij op dat de redelijkheid en billijkheid de vereiste objectieve, zo nodig corrigerende factor vormen. Vgl. ook de voorbeelden uit de rechtspraak in paragraaf 4.3.3.2.

65. *Kamerstukken II* 1984/85, 17496, 10, p. 15 en 16 (MvA II Inv.), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123-1124. Zie ook paragraaf 4.2.3 'Parlementaire geschiedenis van Titel 3.2 BW' en paragraaf 4.3.4.1 'Bepaalbaarheid van verbintenissen'.

66. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 285; Asser/Hijma 2013 (7-I\*), nr. 200.

67. Zie hierboven paragraaf 4.3.2.2 onder C 'Bepaaldheid van verbintenissen... in de literatuur' en de voorbeelden uit de rechtspraak in paragraaf 4.3.3.2.

68. Zie ook paragraaf 4.2.3 en 4.3.1.

'[...] de vaststelling naar van te voren vaststaande criteria kan geschieden. De criteria kunnen overigens een subjectief element inhouden. In een overeenkomst kan namelijk *de nadere vaststelling van de inhoud aan een derde*, ja zelfs aan een der partijen worden opgedragen [...]' (curs. NB).<sup>69</sup>

Ofwel: *bepaalbaar* wil concreet zeggen dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst niet tot in detail moeten hebben verklaard waaruit de bedoelde verplichtingen bestaan. Over de bijzonderheden en juiste omvang mogen partijen op het moment van het sluiten van de overeenkomst nog in onzekerheid verkeren. Het is voldoende dat dit naderhand kan worden bepaald. Dit is bijvoorbeeld het geval indien partijen de bedoeling hebben gehad om overeen te komen zoals tussen hen of in de desbetreffende tak van handel of bedrijf gebruikelijk is.<sup>70</sup> Het *gebruik* of de *gewoonte* is hier de maatstaf aan de hand waarvan de bepaalbaarheid van verbintenissen kan worden vastgesteld (vgl. art. 6:248 lid 1 BW dat bepaalt dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke naar de aard van de overeenkomst uit de *wet*, de *gewoonte* of de *eisen van redelijkheid en billijkheid* voortvloeien).

De nadere vaststelling van de inhoud van een verbintenis kan, zoals gezegd, ook een *subjectief* element inhouden. Dat wil zeggen dat zij ook door een van de partijen of een derde kan geschieden. Indien partijen duidelijk hebben afgesproken hoe de inhoud van de verbintenis verder zal worden vastgesteld (door één van hen, door hen gezamenlijk, door een derde etc.), ontbeert de overeenkomst niet voldoende bepaaldheid.<sup>71</sup> Geschiedt de nadere invulling van de verbintenissen door *een van de partijen* dan zal hierbij steeds gehandeld dienen te worden met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid. Want, zo is in de vervolgzin van het zojuist weergegeven citaat uit de parlementaire geschiedenis van Boek 6 BW te lezen:

'Deze laatste [bedoeld wordt *een van de partijen* aan wie de nadere vaststelling van de inhoud van de overeenkomst wordt opgedragen, toev. NB] moet, gelijk in een constante rechtspraak<sup>72</sup> is aangenomen, bij de uitvoering van deze taak *te goeder trouw*, dat wil zeggen *met inachtneming van wat door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd*, te werk gaan. Wordt een zodanige opdracht door een partij uitgevoerd op een wijze die met die eisen *niet* in overeenstemming is, dan heeft het geding zijn effect verloren en wordt de *nadere bepaling door de rechter* gegeven (curs. NB).<sup>73</sup>

En hoe zit het dan met *de derde* die de vaststelling van de inhoud nader bepaalt? Uit Hof Arnhem 10 januari 1934, *NJ* 1934/p. 1205 (zie paragraaf 4.3.3.2) bleek reeds dat ook hier de redelijkheid en billijkheid niet uit het oog moet worden verloren. De redelijkheid en billijkheid geeft met andere woorden een (boven)grens aan waardoor het subjectieve element (de nadere vaststelling door een van de partijen of door een derde), toch enigszins kan worden geobjectiveerd. In de parlementaire geschiedenis van Boek 6 BW wordt voorts opgemerkt dat:

69. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895-896. Vgl. *Kamerstukken II* 1984/85, 17496, 10, p. 15 en 16 (MvA II Inv.), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123.

70. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 285.

71. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 285.

72. Zie bijvoorbeeld de uitspraken die genoemd zijn in Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 285.

73. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 896.

'Over het geval dat de opdracht tot nadere bepaling aan een derde is gegeven, zal worden gehandeld in de titel Vaststellingsovereenkomsten.'<sup>74</sup>

Ik kom hierop terug in paragraaf 4.3.7.

Voor wat het voorwerp van de prestatie ofwel 'de zaak' betreft, geldt eveneens bepaalbaarheid. Dat wil zeggen dat de hoeveelheid van de zaak, alsook de zaak zelf of de soort zaken niet reeds bij het aangaan van de overeenkomst tot in bijzonderheden vast hoeft te staan.<sup>75</sup>

#### 4.3.5. *Objectivering door redelijkheid en billijkheid voorkomt willekeur*

Zoals gezegd kan het soepele bepaaldheidsvereiste van art. 6:227 BW niet los worden gezien van de eisen van redelijkheid en billijkheid waardoor de verbintenisscheppende overeenkomst blijkens art. 6:248 BW (vgl. art. 1374-1375 oud BW) mede wordt beheerst.<sup>76</sup> Art. 6:248 lid 1 BW bepaalt dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de *eisen van redelijkheid en billijkheid* voortvloeien. Leemten in de gemaakte afspraken van partijen kunnen zodoende door de redelijkheid en billijkheid worden aangevuld. Een van de basisbeginselen van het verbintenissenrecht is overigens sowieso de verplichting dat schuldeiser en schuldenaar zich jegens elkaar dienen te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 1 BW). De inhoud van de tussen partijen geldende regels wordt zodoende bij alle verbintenissen door de redelijkheid en billijkheid nader bepaald.<sup>77</sup>

Lid 2 van art. 6:248 BW brengt voorts de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid tot uitdrukking: een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (vgl. art. 6:2 lid 2 BW waarin hetzelfde is bepaald voor verbintenissen in het algemeen).

In paragraaf 4.3.3.2 werd al duidelijk dat de redelijkheid en billijkheid (art. 1374 oud BW) voor de bepaaldheid van verbintenissen een belangrijke rol vervult. Zij zorgt voor de nodige objectivering.<sup>78</sup> De partij of de derde aan wie de nadere invulling van de verbintenis wordt opgedragen, zal dit steeds met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid moeten doen. Hiermee wordt enig *willekeurig* handelen door deze partij of derde voorkomen.<sup>79</sup> De redelijkheid en billijkheid (resp. goede trouw) objectiveert zo

74. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 896.

75. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 287.

76. *Kamerstukken II 1984/85*, 17496, 10, p. 15 en 16 (MvA II Inv.), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123-1124.

77. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 57.

78. Vgl. ook Kleijn 1969, p. 294: 'De omlijning door erflater zal dus zó moeten zijn, dat men daaraan steeds zal kunnen toetsen of de aanwijzing juist, d.w.z. in overeenstemming met de bedoeling van de erflater, is. Deze toetsing zal naar een *objectief criterium* kunnen plaatshebben, *als men daarbij naar analogie met het bindend advies e.d. de beginselen van de goede trouw inschakelt* (curs. NB).'

79. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 175 waarin is opgemerkt dat een verbintenis niet afhangt van de *willekeur* van de schuldenaar indien deze heeft gehandeld met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid.

de subjectieve invulling van de partij of derde en fungeert hiermee mijns inziens als (boven)grens: bij de nadere vaststelling van de inhoud van de verbintenis mag de grens van de redelijkheid en billijkheid niet worden overschreden, noch door de andere partij (hetgeen ook al besloten ligt in art. 6:2 BW), noch door een derde.<sup>80</sup>

Wat kunnen we hiermee bij het testen? Ik bekijk dit nader in paragraaf 6.6.

#### 4.3.6. *Object van de verbintenis: concretisering door middel van keuzes*

##### 4.3.6.1. Inleidend

De bepaaldheid van verbintenissen als bedoeld in art. 6:227 BW ziet op het *object* van de verbintenis. Dat wil zeggen datgene waartoe de schuldenaar verplicht en de schuldeiser gerechtigd is.<sup>81</sup> Het ziet zodoende niet op de *subjecten* van de verbintenis, dat zijn de schuldenaar en schuldeiser.<sup>82</sup> Dat lijkt ook overbodig, want uit het karakter van de verbintenis – namelijk een (vermogensrechtelijke) rechtsbetrekking tussen twee of meer personen<sup>83</sup> – vloeit de bepaaldheid van de subjecten doorgaans al voort.<sup>84</sup> Niettemin kennen we de rechtsfiguur van de '*nader te noemen meester*' of '*nader aan te geven koper*', waarin één contractspartij bij aanvang van de overeenkomst nog onbepaald is. Op de figuur van de '*nader te noemen meester*', op de vraag in hoeverre schuldenaar en schuldeiser bepaald dienen te zijn en op de vraag of er keuzemogelijkheden zijn ten aanzien van de subjecten van de verbintenis, kom ik in paragraaf 4.3.8 terug.

In deze paragraaf heb ik aandacht voor het *object* ofwel de prestatie van de verbintenis. Het object dient, zoals gezegd, *niet* steeds in alle bijzonderheden te zijn bepaald. Het is voldoende dat de bepaaldheid later kan worden verkregen: *bepaalbaar* voldoet.<sup>85</sup> Dit 'later verkrijgen' ofwel het naderhand vaststellen (concretiseren) van de inhoud van de verbintenis kan plaatsvinden aan de hand van *subjectieve elementen*, bijvoorbeeld door middel van een *keuzebevoegdheid*. Ik doel dan op de keuzes die besloten liggen in de facultatieve, alternatieve en generieke verbintenissen.<sup>86</sup>

80. Zie in dit kader ook HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3883, *NJ* 2000/184 waarin is beslist dat in het geval de inhoud van de nog te sluiten overeenkomst onvoldoende bepaald is, de ontbrekende elementen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid moeten worden ingevuld. Zie over de redelijkheid en billijkheid en haar rol in het verbintenissenrecht Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 55-59 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 391 e.v. Zie voor omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden: Wolters 2013.

81. Vgl. paragraaf 4.3.2.1 'Onderwerp'.

82. Zie over de subjecten van de verbintenis Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 28 e.v. Zie in dit kader ook de opmerking in noot 24 van dit hoofdstuk. Zie over de verbintenis in het algemeen Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I).

83. Zie in dit kader ook mijn opmerking in noot 13 van hoofdstuk 2.

84. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 28-29: 'Bij een verbintenis is er minstens één schuldeiser en één schuldenaar. Zij zijn de subjecten van de verbintenis.'[...] Uit het bovenstaande uitgangspunt [te weten dat bij een verbintenis minstens één schuldeiser en één schuldenaar is, tov. NB] vloeit ook voort dat een verbintenis zonder schuldeiser of schuldenaar onbestaanbaar is.'

85. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 23.

86. Hierover Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 145 e.v. De facultatieve, alternatieve en generieke verbintenis moet worden onderscheiden van de enkelvoudige verbintenis. Dat is de

## 4.3.6.2. Facultatieve verbintenis

Van een *facultatieve* verbintenis is sprake indien van meet af aan vaststaat welke prestatie door de schuldenaar verricht moet worden. Er bestaat hierbij evenwel een *keuze* om de schuld ook te voldoen door het verrichten van een *bepaalde* andere prestatie. Deze keuze kan toekomen aan de schuldenaar, schuldeiser of een derde.<sup>87</sup> Indien er wordt gekozen voor de andere prestatie, treedt deze *in de plaats* van de verschuldigde prestatie.<sup>88</sup> Gelet op het bepaaldheidsvereiste dient naar mijn mening telkens duidelijk te zijn waarin de facultatieve verbintenis bestaat. Zowel de primaire als de andere (secundaire) prestatie dient met andere woorden voldoende bepaald te zijn.

Het is overigens niet nodig dat de keuze wordt uitgebracht. Indien er niet voor de andere prestatie wordt gekozen, blijft de van meet af aan vaststaande prestatie verschuldigd.<sup>89</sup> Dit maakt mijns inziens dat de facultatieve verbintenis een keuzebevoegdheid ten aanzien van de *inhoud* van de verbintenis betreft en niet een keuzebevoegdheid ten aanzien van de *werking* van de verbintenis (vgl. de voorwaardelijke verbintenis, waarbij onzeker is of er gepresteerd dient te worden; hierover meer in hoofdstuk 6).<sup>90</sup>

Brunner & De Jong noemen als voorbeeld van een facultatieve verbintenis de overeenkomst waarin is afgesproken dat de schuldenaar over 6 maanden 100.000 Zwitserse franken betaalt op een bankrekening van de schuldeiser. Facultatief, ter keuze van de schuldenaar mag door hem echter ook in dollars worden betaald tegen een reeds bij de overeenkomst afgesproken koers van frank tot dollar. Is de koers van de dollar ten opzichte van de frank over 6 maanden lager dan de overeengekomen koers, dan is het voor de schuldenaar voordelig om in dollars te betalen.<sup>91</sup>

Facultatieve verbintenissen kunnen ook uit een eenzijdige rechtshandeling voortvloeien. Hartkamp & Sieburgh noemen het voorbeeld van het *legaat* van een huis met bepaling dat de erfgenamen bevoegd zijn om *in plaats daarvan* aan de legataris €150.000 te geven, of dat de legataris bevoegd is in plaats van het huis € 150.000 te vorderen.<sup>92</sup>

verbintenis waarvan de prestatie bij het ontstaan van de verbintenis reeds vaststaat en ten aanzien waarvan geen keuzebevoegdheid voor het verrichten van een andere verbintenis een rol kan spelen. Zie voor een andere mogelijkheid om de inhoud van een (bepaalbare) verbintenis nader te concretiseren paragraaf 4.3.7 'Object van de verbintenis: concretisering door middel van een bindend oordeel.'

87. Van Buchem-Spapens 1982, p. 54.

88. Over de facultatieve verbintenis Brunner & De Jong 2004, nr. 59; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 153-155.

89. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 153-155.

90. De facultatieve verbintenis en de voorwaardelijke verbintenis kunnen elkaar zeer dicht benaderen. Bijvoorbeeld wanneer erfflater bepaalt: 'legataris X krijgt het huis gelegateerd, tenzij mijn erfgenaam Y dit niet wil. In dat geval krijgt X een geldbedrag van € 150.000 gelegateerd.' Hierbij is naar mijn mening evenwel sprake van een *voorwaardelijke verbintenis met daarbij een subsidiaire making* en niet van een facultatieve verbintenis. De facultatieve verbintenis zal in beginsel werking hebben, doch de keuzebevoegdheid brengt mee dat de schuldenaar zich ook kan bevrijden door *in plaats van* de primaire prestatie een andere, bepaald aangewezen, prestatie te verrichten.

91. Brunner & De Jong 2004, nr. 59.

92. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 153.



#### 4.3.6.3. Alternatieve verbintenis

Anders dan bij de facultatieve verbintenis is voor de alternatieve verbintenis wel een *keuze vereist*. Er is hier met andere woorden geen sprake van 'in de plaats van'. Van meet af aan staat nog niet vast welke van meer bepaalde prestaties door de schuldenaar dient te worden verricht.

De alternatieve verbintenis verplicht de schuldenaar tot het verrichten van één prestatie. Deze te verrichten prestatie dient door de schuldenaar, de schuldeiser, een derde of meer personen tezamen<sup>93</sup> *gekozen* te worden uit twee of meer verschillende prestaties (art. 6:17 lid 1 BW). Door het verrichten van de gekozen prestatie is aan de verbintenis voldaan. De keuze heeft een eenzijdig karakter: aanvaarding door de andere partij is voor haar bindende kracht niet vereist. Voorts is de keuze onherroepelijk.<sup>94</sup>

De alternatieve verbintenis is geen voorwaardelijke verbintenis. Onzeker is enkel *wat* gepresteerd moet worden (de *inhoud* van de verbintenis) en niet *of* gepresteerd dient te worden (de *werking* van de verbintenis; hierover deel III van dit onderzoek).<sup>95</sup>

Voorbeelden zijn het diner voor bepaalde prijs met keuze uit verschillende gerechten, de keuze tussen betaling ineens of in gedeelten en de overeenkomst waarbij de verkoper bedongen heeft de verkochte auto van een bepaald merk en type te zijner keus in de kleur grijs of zwart te leveren.<sup>96</sup> Maar mijns inziens bijvoorbeeld ook het legaat aan een persoon die *uit de boedel een schilderij* (bepaalbaar)<sup>97</sup> zal mogen kiezen. Of het legaat waarbij de legataris mag kiezen tussen een bepaalde kast en een in de uiterste wil bepaalde geldsom.<sup>98</sup>

In afdeling 6.1.4 BW worden enkele bepalingen voor alternatieve verbintenissen gegeven.<sup>99</sup>

#### 4.3.6.4. Generieke verbintenis of soortverbintenis

Is het voorwerp slechts naar de soort bepaald, dan is sprake van een *generieke verbintenis of soortverbintenis*. Bijvoorbeeld het leveren van 100 flessen wijn uit de Bourgogne. Zij dient te worden onderscheiden van de specifieke of species-verbintenis, waarbij het voorwerp individueel is bepaald. Bijvoorbeeld het leveren van een *bepaalde* fles wijn.<sup>100</sup>

93. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 148: 'Denkbaar is ook dat meer personen tezamen bevoegd zijn, hetzij verschillende derden, hetzij schuldenaar en schuldeiser tezamen, hetzij een of meer derden tezamen met de schuldenaar, met de schuldeiser of met hen beiden; vergelijk *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 137.' Zie ook Van Buchem-Spapens 1982, p. 48: '[...] Wil de keuze toekomen aan één of meer derden – dat dit laatste ook mogelijk is blijkt uit de Memorie van Antwoord bij art. 6.1.4.3 (*Parl. Gesch. Boek 6*, blz. 138-139) – dan zal dit met zoveel woorden moeten zijn bepaald (De Ruiter, WPNR 4998, blz. 263).'

94. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 149.

95. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 147.

96. Brunner & De Jong 2004, nr. 58; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 147.

97. Zie ook paragraaf 4.3.3 'De regel uit de rechtspraak' en paragraaf 4.3.4 'Art. 6:227 BW'.

98. Brunner & De Jong 2004, nr. 58.

99. Over de alternatieve verbintenis: Brunner & De Jong 2004, nr. 58; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 147-151.

100. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 156.

Omdat bij een generieke verbintenis of soortverbintenis de prestatie slechts naar de soort bepaald is, zal steeds een *keuze* gemaakt moeten worden welke goederen van de te leveren soort uiteindelijk aan de schuldeiser geleverd zullen worden. De te leveren goederen mogen hierbij niet beneden goede gemiddelde kwaliteit liggen (art. 6:28 BW). Door steeds meer kenmerken te geven, wordt de keuze kleiner. Indien er zoveel kenmerken zijn gegeven (1. een fles Pessac – Léognan; 2. uit 2009; 3. van 75 cl; 4. uit de wijnkelder van Johan Smith; 5. met vervaagd etiket; 6. etc.) dat er niets meer te kiezen is, is de zaak individueel bepaald en is er sprake van een specifieke verbintenis.<sup>101</sup>

#### 4.3.6.5. Tussenconclusie

Het bepaaldheidsvereiste verlangt dat de verbintenissen die partijen op zich nemen *bepaalbaar* zijn. Dat betekent dat de prestatie op het moment dat de verbintenis ontstaat nog niet in volledigheid bepaald hoeft te zijn. Het is voldoende indien zij op een later moment kan worden geconcretiseerd, eventueel door middel van subjectieve elementen.<sup>102</sup>

De hiervoor genoemde facultatieve, alternatieve en generieke verbintenis zijn voorbeelden van zo'n nadere concretisering van *bepaalbare* verbintenissen. Hierbij vormt een *keuzebevoegdheid* het wezenlijke element voor de uiteindelijke vaststelling van de inhoud van de verbintenis. De keuzebevoegdheid van de facultatieve, alternatieve en generieke verbintenis is met andere woorden een manier waarop *bepaalbaar* uiteindelijk (definitief) *bepaald* wordt. Ofwel: de keuzebevoegdheid concretiseert de verbintenis.

Zoals in de hiervoor genoemde voorbeelden van de facultatieve en alternatieve verbintenissen al naar voren kwam, speelt de concretisering van verbintenissen door middel van *keuzes* niet enkel een rol bij meezijdige rechtshandelingen, zoals de koopovereenkomst of de schenkingsovereenkomst, maar kan er ook met *keuzes* worden gewerkt bij de verbintenissen die voortvloeien uit eenzijdige rechtshandelingen, zoals de verbintenissen voortkomend uit een *legaat*. Ik wil hier de gelijkenis tussen het legaat en de schenking in herinnering brengen (zie paragraaf 2.4).<sup>103</sup> De verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking die ontstaat door een legaat is mijns inziens wezenlijk niet anders dan de verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking die ontstaat door een (schenkings-) overeenkomst.<sup>104</sup> De *bepaalbaarheid* die geldt voor verbintenissen die ontstaan uit *overeenkomsten* (art. 6:227 BW: 'de verbintenissen die partijen op zich nemen, moeten *bepaalbaar* zijn') en de mogelijkheid om haar te concretiseren met behulp van een keuzebevoegdheid, kan mijns inziens dan ook gelijk worden toegepast voor de verbintenissen die ontstaan uit legaten. Of dit ook mogelijk is voor andere uiterste wilsbeschikkingen, zoals de erfstellingen, behandel ik in het vijfde hoofdstuk van dit onderzoek.

101. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 157. Zie over de generieke verbintenis of soortverbintenis Brunner & De Jong 2004, nr. 60-61; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 156-160.

102. Zie paragraaf 4.3.4 'Art. 6:227 BW'.

103. Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III), nr. 101 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 50, waarin wordt opgemerkt dat vanwege de gelijkenis met de overeenkomst het gewenst is om op eenzijdige rechtshandelingen zo veel mogelijk de voor de overeenkomst geldende regels toe te passen.

104. Vgl. het citaat in B. Schols 2007a, p. 115 uit de *Parl. Gesch. Vast. (Boek 4)*, p. 772: 'Door het legaat ontstaat een verbintenisrechtelijke verhouding, welke op één lijn moet worden gezien met de verbintenisrechtelijke verhouding, die uit een overeenkomst ontstaat.'

De mogelijkheid om de inhoud van een (bepaalbare) verbintenis nader te concretiseren met behulp van een *keuzebevoegdheid*, is mijns inziens een *species* van de mogelijkheid om de inhoud van een (bepaalbare) verbintenis nader vast te stellen door middel van een *bindend oordeel* van bijvoorbeeld één van de partijen of van een derde.<sup>105</sup>

#### 4.3.7. Object van de verbintenis: concretisering door middel van een bindend oordeel

##### 4.3.7.1. Inleidend

De mogelijkheid om de inhoud van een (bepaalbare) verbintenis nader te concretiseren met behulp van een *keuzebevoegdheid* maakt mijns inziens deel uit van de meeromvattende mogelijkheid om de inhoud van een verbintenis nader vast te stellen door middel van een *bindend oordeel* van bijvoorbeeld één van de partijen of van een derde. Immers:

'Bepaalbaar zijn de verbintenissen, wanneer de vaststelling naar van te voren vaststaande criteria kan geschieden. De criteria kunnen overigens een subjectief element inhouden. In een overeenkomst kan namelijk de *nadere vaststelling van de inhoud aan een derde, ja zelfs aan een der partijen worden opgedragen* [....] (curs. NB).'<sup>106</sup>

In onderstaande paragrafen kort meer over deze wijze van het nader *bepalen* van de inhoud van een verbintenis.

##### 4.3.7.2. Bindend advies

Hetgeen ik hiervoor in paragraaf 4.3.7.1 bindend oordeel noemde, staat beter bekend als '*bindend advies*'.<sup>107</sup> Het bindend advies is, evenals arbitrage, een manier om buiten de overheidsrechter om een geschil te laten beslechten.<sup>108</sup> Het heeft evenwel een ruimer toepassingsgebied dan enkel geschillenbeslechting. Zo kan het ook dienst bewijzen bij het aanvullen resp. nader concretiseren of wijzigen van de inhoud van verbintenissen.<sup>109</sup>

105. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895-896 en *Kamerstukken II 1984/85*, 17496, 10, p. 15 en 16 (MvA II Inv.), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123: '[...] de vaststelling kan geschieden naar van tevoren vaststaande criteria, die een subjectief element kunnen inhouden, in dier voege dat de nadere vaststelling van de inhoud aan een derde, ja zelfs aan een der partijen kan worden opgedragen, in welk laatste geval de vaststelling moet plaatsvinden met inachtneming van hetgeen door de redelijkheid en de billijkheid wordt gevorderd.' Zie over de aanvulling van overeenkomsten door een van de partijen Meijers 1916.

106. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895-896. Vgl. *Kamerstukken II 1984/85*, 17496, 10, p. 15 en 16 (MvA II Inv.), *Parl. Gesch. Boek 3*, 5 en 6, p. 1123.

107. Vgl. hiermee de Duitse *Scheidsgutachten* (§ 317-319 BGB) en de Belgische bindende derdenbeslissing. Over de Belgische bindende derdenbeslissing ook enkele opmerkingen in Bauduin 2012b.

108. Het bindend advies verschilt van arbitrage onder meer daarin dat het geen uitgebreide wettelijke procedureregels kent, niet tot een vonnis leidt en zodoende niet vatbaar is voor tenuitvoerlegging. Zie over het bindend advies o.a.; Snijders, Klaassen & Meijer 2011, nr. 399-402; Asser/Van Schaick 2012, nr. 147, 148, 170-173; Ernste 2012.

109. Zie hierna onder 4.3.7.4 'Onzuiver en zuiver bindend advies'.

Omdat de term 'bindend advies' verwarrend is, het is immers een *contradictio in terminis*,<sup>110</sup> geef ik er de voorkeur aan om te spreken van 'bindend oordeel'. Niettemin zal ik bij de hierna volgende paragrafen (paragraaf 4.3.7.3 betreffende de vaststellings-overeenkomst, paragraaf 4.3.7.4 betreffende het onzuiver en zuiver bindend advies en paragraaf 4.3.7.5 betreffende het testamentair bindend advies), om verdere verwarring te voorkomen, bij het jargon aansluiten en spreken van 'bindend advies' in plaats van bindend oordeel.

#### 4.3.7.3. Vaststellingsovereenkomst

Het bindend advies wordt doorgaans in contractuele sfeer geplaatst.<sup>111</sup> Zo kennen we bijvoorbeeld de in art. 7:900 BW geregelde *vaststellingsovereenkomst*, waarvan het bindend advies een species is.<sup>112</sup>

- '1. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, *ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil* omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.
2. De vaststelling kan tot stand komen krachtens een beslissing van partijen gezamenlijk of krachtens een aan één van hen of aan een derde opgedragen beslissing.
3. Een bewijsovereenkomst staat met een vaststellingsovereenkomst gelijk voor zover zij een uitsluiting van tegenbewijs meebrengt.
4. Deze titel is niet van toepassing op de overeenkomst van arbitrage (curs. NB).'

Op grond van een vaststellingsovereenkomst nemen partijen een bindende beslissing om een (mogelijke) onzekerheid of geschil tussen hen te voorkomen of zij dragen bij hun overeenkomst deze beslissing op aan een van hen of aan een of meer derde(n). De genomen beslissing beëindigt of voorkomt dan de onzekerheid of het geschil. Neemt een van partijen de beslissing, dan wordt er ook wel gesproken een bindende partijbeslissing.<sup>113</sup>

#### 4.3.7.4. Onzuiver en zuiver bindend advies

Het bindend advies kan worden onderscheiden in twee soorten: het *onzuiver bindend advies* en het *zuiver bindend advies*.<sup>114</sup> Met onzuiver bindend advies wordt bedoeld het

110. Onze zuiderburen spreken dan ook treffender van 'de bindende derdenbeslissing'. Storme 1984, p. 1250. Zie over de bindende derdenbeslissing ook Storme & Storme 1985; Vanderschot 2005.

111. Snijders, Klaassen & Meijer 2011, nr. 378 merken op dat bindend advies een *contractuele* grondslag vraagt, gelet op art. 17 Gw en art. 6 EVRM. In deze artikelen komt tot uiting dat het voor een ieder mogelijk moet zijn om de gang naar de overheidsrechter te maken. Partijen kunnen weliswaar hun geschil aan anderen dan de overheidsrechter onderwerpen, doch vereist is huns inziens dat beide partijen daarmee duidelijk *instemmen*. Naar mijn mening kan deze instemming ook gelegen zijn in het aanvaarden van een testamentaire beschikking met daarbij een beding van bindende derdenbeslissing.

112. Snijders, Klaassen & Meijer 2011, nr. 399. Zie ook Bauduin 2012b, par. 2 'Bindend advies'.

113. Snijders, Klaassen & Meijer 2011, nr.147 en 170; Ernste 2012, p. 23.

114. Snijders, Klaassen & Meijer 2011, nr. 400. Asser/Van Schaick 2012, nr. 171 en Ernste 2012, p. 2 wijzen erop dat het in de literatuur gemaakte strikte onderscheid tussen zuiver en onzuiver bindend advies in de praktijk niet altijd te maken valt.

bindend advies dat het karakter heeft van rechtspraak en ziet op geschillenbeslechting.<sup>115</sup>

In het kader van dit onderzoek is het *zuiver bindend advies* evenwel relevant. Dit bindend advies ziet namelijk op het aanvullen en/of wijzigen van de overeenkomst tussen partijen door een derde, bijvoorbeeld in het geval van de hiervoor behandelde alternatieve of facultatieve verbintenis,<sup>116</sup> of op het bepalen van de inhoud van een prestatie (vgl. paragraaf 4.3.4.2).<sup>117</sup> In dit geval is er geen sprake van een bindend advies in de zin van art. 7:900 BW. Er is immers geen sprake van een beslissing ter voorkoming of beëindiging van een geschil.<sup>118</sup> In het geval van een zuiver bindend advies verklaart art. 7:906 lid 2 BW (schakelbepaling) het bepaalde in art. 7:904 BW van overeenkomstige toepassing. In art. 7:904 BW is bepaald dat:

- ‘1. Indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden *naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn*, is die beslissing vernietigbaar.
2. Indien de beslissing van een partij of een derde vernietigd wordt, nietig blijkt of niet binnen een aan die partij of derde daartoe te stellen *redelijke termijn* wordt verkregen, kan de rechter een beslissing geven, tenzij uit de overeenkomst of de aard van de beslissing voortvloeit dat zij op andere wijze moet worden vervangen (curs. NB).<sup>119</sup>

#### 4.3.7.5. ‘Testamenteir bindend advies’

De beslissing om een onzekerheid of geschil te voorkomen of te beëindigen en/of de beslissing door een partij of derde om een rechtsverhouding aan te vullen of te wijzigen hoeft overigens niet steeds te worden genomen krachtens een overeenkomst, maar kan ook haar grondslag vinden in bijvoorbeeld *een uiterste wil*, zo laat art. 7:906 lid 1 BW (schakelbepaling) doorschemeren:

‘De bepalingen van deze titel [titel 7.15 BW, toev. NB] vinden overeenkomstige toepassing, wanneer een vaststelling haar rechtsgrond *elders dan in een overeenkomst vindt* (curs. NB).’

In Toelichting Meijers is hierbij opgemerkt dat:

‘De eerste twee leden van dit artikel [art. 7:906 BW, toev. NB] verklaren bepalingen van deze titel van overeenkomstige toepassing op enkele rechtsfiguren die met de hierboven geregelde verwantschap vertonen. Bij de gevallen van het eerste lid is die verwantschap het sterkst; het gaat daarbij om een vaststelling in eigenlijke zin, met slechts deze bijzonderheid dat zij haar rechtsgrond niet vindt in een

115. Over het onzuiver bindend advies schrijft Ernste 2012.

116. Vgl. *Kamerstukken II* 1982/83, 17779, 3, p. 42 (MvT).

117. Ernste 2012, p. 1.

118. Asser/Van Schaick 2012, nr. 170 en 172.

119. Zie voorts art. 7:906 lid 3 BW: ‘Lid 2 geldt niet voor aanvulling of wijziging bij een besluit van een orgaan van een rechtspersoon, indien dit besluit krachtens *artikel 15 van Boek 2* bij strijd met redelijkheid en billijkheid vernietigbaar is.’ En art. 7:609 lid 4 BW: ‘De leden 1 en 2 gelden niet voor zover de strekking van de betrokken bepaling in verband met de aard van de rechtsverhouding zich tegen de overeenkomstige toepassing verzet.’

overeenkomst, maar bij voorbeeld *in een testament* of in de statuten van een rechtspersoon (curs. NB).<sup>120</sup>

Art. 4:42 lid 1 BW bepaalt evenwel dat *enkel* de beschikkingen die in Boek 4 BW geregeld zijn of in de wet als zodanig worden aangemerkt uiterste wilsbeschikkingen zijn en in dit opzicht kan de vraag worden gesteld of dit *gesloten stelsel* van uiterste wilsbeschikkingen wel ruimte biedt voor het 'testamentair bindend advies'. In een eerdere publicatie merkte ik in dit verband reeds het volgende op:

'Wenst de erflater in zijn testament een derde aan te wijzen die ten aanzien van (eventuele) erfrechtelijke geschillen als scheidsrechter kan optreden, dan dient hij deze wens derhalve te verwoorden met een reeds door de wet erkende uiterste wilsbeschikking. Dit kan bijvoorbeeld met *het bewind* (art. 4:155 lid 4 jo. 4:171 BW) of *de last* (art. 4:130 lid 2 BW). Het gesloten stelsel vormt zodoende geen slot op de deur van de directe erfrechtelijke geschillenbeslechting.'<sup>121</sup>

Erflater zal het testamentaire bindend advies zodoende steeds dienen te 'verpakken' in een reeds door de wet erkende uiterste wilsbeschikking. Bij het *onzuiver* 'testamentaire' bindend advies (dat wil zeggen het bindend advies dat ziet op erfrechtelijke geschillenbeslechting) kan dit geschieden met behulp van het bewind of de last. In het geval van het *zuiver* 'testamentair' bindend advies (dat wil zeggen het aanvullen, wijzigen resp. bepalen van de inhoud van een uiterste wilsbeschikking) zou bijvoorbeeld kunnen worden gewerkt met het verlenen van *keuzebevoegdheden*. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de hiervoor behandelde alternatieve verbintenis. Van belang is dat dan telkens rekening wordt gehouden met het bepaaldheidsvereiste,<sup>122</sup> de redelijkheid en billijkheid (vgl. art. 7:904 lid 1 BW) en de openbare orde of goede zeden.

Dat het bindend advies ook een functie kan hebben in het *erfrecht* lijkt overigens in Nederland niet steeds te worden gerealiseerd.<sup>123</sup> Voor het delegatievraagstuk is deze constatering evenwel van belang. Kan erflater in zijn uiterste wil bijvoorbeeld aan een derde de bevoegdheid geven om de verbintenissen die voortvloeien uit een legaat nader aan te vullen, te wijzigen of te concretiseren? Mijns inziens is hier niets op tegen. Het hoogstpersoonlijk karakter staat hieraan immers niet in de weg, zo zagen we reeds in het eerste deel van dit onderzoek. En de sterke gelijkenis tussen enerzijds de verbintenisrechtelijke rechtsbetrekkingen die ontstaan door (bijvoorbeeld schenkings-) overeenkomst en anderzijds de verbintenisrechtelijke rechtsbetrekkingen die voortkomen uit een legaat,<sup>124</sup> pleit naar mijn mening juist alleen maar vóór een gelijke behandeling van beide rechtsfiguren en daarmee zodoende vóór een dergelijke, tot een bindend oordeel leidende, bevoegdheidsverlening bij uiterste wil. In paragraaf 5.3 zal

120. TM, p. 1149.

121. Hierbij dient dan wel te worden beseft dat zo'n testamentaire bindende derdenbeslissing, gegoten in de vorm van een bewind of last, voor legitimarissen die hiermee worden geconfronteerd, tot inferieurheid in de zin van art. 4:72 en art. 4:73 BW leidt. Zie Bauduin 2012b, paragraaf 4.

122. Over bepaaldheid en de bindende derdenbeslissing bij onze zuiderburen: Cornelis 2004.

123. Zie over de erfrechtelijke scheidsrechter echter wel B. Schols 2007a, p. 439-440.

124. Vgl. voetnoot 30 van dit hoofdstuk.

ik niettemin onderzoeken of de aard van het legaat of een andere regel uit het erfrecht een dergelijk 'testamenteair zuiver bindend advies' toch niet in de kiem smooit.

Tot dusver mijn opmerkingen over het concretiseren van het *object* van de verbintenis. Zoals ik reeds opmerkte in de paragrafen 4.3.2.1 en 4.3.6.1 ziet de bepaaldheid van verbintenissen in art. 6:227 BW op dit object van de verbintenis. Uit het karakter van de verbintenis, te weten een (vermogensrechtelijke) rechtsbetrekking tussen twee of meer personen,<sup>125</sup> vloeit de bepaaldheid van de subjecten doorgaans al voort. Een 'verbintenis' zonder schuldenaar of schuldeiser lijkt immers geen verbintenis te zijn. Zou het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor *uiterste wilsbeschikkingen*, vanwege haar aard (onder andere haar eenzijdigheid), bij uiterste wilsbeschikkingen die een verkrijging bewerkstelligen evenwel niet ook zien op de personen, ofwel de *subjecten*, die verkrijgen (zoals de erfgenamen of legatarissen). In plaats van louter op hetgeen verkregen wordt (zoals de erfdelen of het vorderingsrecht)? Ik meen van wel. Bij een uiterste wilsbeschikking die tot een verkrijging leidt, behoren degene die verkrijgen mijns inziens tot de hoofdzak (ofwel het onderwerp) van de beschikking. Het is essentieel dat deze hoofdzak steeds in voldoende mate is bepaald, zodat de beoogde rechtsgevolgen kunnen worden vastgesteld.

Hierna heb ik dan ook aandacht voor de vraag in hoeverre het, in het verbintenisrecht, mogelijk is om de subjecten van een verbintenis 'nader te bepalen'.

#### 4.3.8. Subjecten van de verbintenis: bepaald of bepaalbaar

##### 4.3.8.1. Inleidend

In paragraaf 4.3.2.1 en 4.3.6.1 merkte ik reeds op dat de bepaaldheid van verbintenissen als bedoeld in art. 6:227 BW ziet op het *object* ofwel de prestatie van de verbintenis: datgene waartoe de schuldenaar verplicht en de schuldeiser gerechtigd is. De vraag of er ten aanzien van de *subjecten* van de verbintenis ook een zekere mate van bepaaldheid wordt verlangd, zal zoals gezegd, gelet op het karakter van de verbintenis, niet snel worden gesteld. Om van een verbintenis te kunnen spreken zal er sprake moeten zijn van een rechtsbetrekking tussen twee of meer personen.<sup>126</sup> Maar betekent dit nu ook dat deze personen, te weten de schuldeiser en schuldenaar ofwel de subjecten van de verbintenis, steeds bij aanvang van de verbintenis reeds bepaald dienen te zijn? En zijn er anders dan bij het object van de verbintenis *geen keuzemogelijkheden* omtrent de persoon die als schuldeiser of schuldenaar optreedt?

Hartkamp & Sieburgh<sup>127</sup> geven indirect een antwoord op deze vraag. Zij maken ten aanzien van de vraag wie schuldeiser en wie schuldenaar kan zijn een driedeling. In deze driedeling komt mijns inziens ook de mate van bepaaldheid van de subjecten van een verbintenis naar voren. Schuldenaar resp. schuldeiser kan zijn:

125. Zie in dit kader evenwel ook mijn opmerking hierbij in noot 13 van hoofdstuk 2.

126. Zie in dit kader ook mijn opmerkingen in de noot 13 van hoofdstuk 2.

127. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 30 en 31.

a) Een *individueel aangewezen persoon*.

Doorgaans zijn de subjecten van een verbintenis bepaalde 'met naam genoemde' personen.<sup>128</sup>

b) Een door een *bepaalde hoedanigheid aangewezen persoon*. Het kan evenwel ook zo zijn dat de subjecten van een verbintenis zijn aangeduid met een bepaalde hoedanigheid. Bijvoorbeeld 'de eigenaar van de in erfpacht gegeven grond'.<sup>129</sup> Of de hoedanigheid 'kinderen' ('ik schenk een geldbedrag van € 5000,- aan ieder van mijn kinderen'). Er is hier met andere woorden sprake van bepaaldheid en wel op grond van hoedanigheid.c) *vervangbaar gestelde persoon*.

Hartkamp en Sieburgh noemen als voorbeelden van verbintenissen waarbij de *schuldeiser* vervangbaar is gesteld onder andere de verbintenis aan order en die aan toonder, evenals de clausule bij de schadeverzekering dat verzekerd is aan een met name aangeduide persoon 'of die het anders geheel of ten dele zoude moge aangaan' en de koop '*voor zich of nader aan te geven koper*'.<sup>130</sup>

Als voorbeeld van een verbintenis waarbij de *schuldenaar* vervangbaar is gesteld, kan worden gedacht aan het verlenen van toestemming door de schuldeiser aan de schuldenaar bij het ontstaan van de verbintenis om de schuld nadien op een andere, al dan niet dadelijk aangewezen persoon te doen overgaan (vgl. art. 6:156 en 6:159 lid 3 BW),<sup>131</sup> evenals aan de koop '*voor zich of nader te noemen meester*'. In beginsel is de koper dan de koopsom verschuldigd, maar wanneer hij een ander *in zijn plaats* aanwijst, gaat zijn verplichting tot betaling van de koopsom evenals het recht op levering krachtens vertegenwoordiging over op de '*de meester*'.<sup>132</sup> Deze figuur van handelen '*voor zich of nader te noemen meester*' is geregeld in art. 3:67 BW. Hartkamp & Sieburgh wijzen hierbij op het verschil tussen de koop '*voor zich of nader te noemen meester*' en de koop '*voor nader te noemen meester*'. Huns inziens is bij de laatstgenoemde clausule geen sprake van *vervanging* van de schuldenaar:

'Weliswaar wordt ook in dit geval [het geval van koop '*voor nader te noemen meester*', toev. NB] de '*meester*', nadat hij is genoemd, krachtens vertegenwoordiging contractspartij. Het verschil met het vorige geval [de koop '*voor zich of nader te noemen meester*', toev. NB] is echter dat tot dit tijdstip een overeenkomst van koop en verkoop niet tot stand komt. Tussen de verkoper en zijn medecontractant niet, omdat dat niet de bedoeling was van de overeenkomst. Tussen de verkoper en de '*meester*' niet, omdat nog niet vaststaat wie de meester zal zijn, zodat persoonlijke *bepaaldheid* ontbreekt en tussen de verkoper en de meester nog geen wilsovereenstemming bestaat (cus. NB).'<sup>133</sup>

Wegens het gebrek aan bepaaldheid van een van de contractspartijen komt bij het handelen voor een '*nader te noemen meester*' dus niet eerder een overeenkomst van koop en verkoop tot stand dan het moment waarop '*de meester*' wordt

128. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 30 onder 'a' en nr. 31 onder 'a'.

129. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 30 onder 'b', zie ook nr. 31 onder 'b'.

130. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 30 onder 'c'.

131. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 31 onder 'c'.

132. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 31 onder 'c'.

133. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 31 onder 'c'.



aangewezen, aldus Hartkamp en Sieburgh. Pas vanaf het moment van deze aanwijzing is sprake van een overeenkomst van koop en verkoop en wordt de 'meester' krachtens vertegenwoordiging contractspartij. Deze bijzondere figuur van vertegenwoordiging maakt het mogelijk dat een van de contractspartijen nog enige tijd *onbepaald* is en kan worden aangewezen door een derde (de handelende persoon).<sup>134</sup> Voor de vraag of de subjecten van een uiterste wilsbeschikking (zoals de erfgenamen, legatarissen, maar bijvoorbeeld ook de executeur) door een ander kunnen worden bepaald (wilsdelegatie), kan dit interessant zijn. Vandaar dat ik op de figuur van de nader te noemen meester hierna (met name in paragraaf 4.3.8.4) uitgebreider terugkom.

#### 4.3.8.2. Facultatieve schuldeiser resp. schuldenaar

Hetgeen ik zojuist heb opgemerkt over de vervangbaar gestelde persoon doet denken aan de *facultatieve verbintenis*, die ik in paragraaf 4.3.6.2 behandelde. Bij de facultatieve verbintenis is geen sprake van een vervangbaar gestelde persoon (*subject*), maar van een vervangbaar gestelde prestatie (*object*).

Voor de vervangbaar gestelde persoon geldt dat deze op het moment dat de verbintenis wordt aangegaan nog *onbepaald* is en door de primaire schuldeiser resp. schuldenaar *bepaald* kan worden. Bij zowel de figuur van de facultatieve verbintenis (*object*) als de figuur van de vervangbaar gestelde persoon (*subject*) kan de keuze omtrent de facultatieve prestatie resp. de persoon uitblijven. In dat geval blijft de van meet af aan vaststaande prestatie verschuldigd resp. blijft de bij aanvang van de verbintenis aangewezen persoon degene die als schuldeiser/ schuldenaar optreedt. Er treedt met andere woorden niets of niemand in de plaats.

Zou het ook mogelijk zijn om een keuze te maken uit *alternatief* genoemde schuldeisers resp. schuldenaars?<sup>135</sup> Ik ga hierop in de volgende paragraaf kort in.

#### 4.3.8.3. Alternatieve schuldeiser resp. schuldenaar

De vraag of het mogelijk is om een keuze te maken uit alternatief genoemde schuldeisers resp. schuldenaars wordt door Hartkamp en Sieburgh bevestigend beantwoord. Zij noemen namelijk het, voor dit onderzoek zeer toepasselijke, voorbeeld van een erfflater die een legaat heeft gemaakt aan twee (*bepaalde*) personen X of Y ter

134. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004, nr. 78: 'Het kan zijn dat iemand handelt voor 'nader te noemen meester'. De clause houdt in dat de *aangegane overeenkomst aanvankelijk, althans wat één contractspartij betreft, persoonlijk onbepaald is*. Wie handelt voor een nader te noemen meester, *behoudt zich de bevoegdheid voor nader te bepalen* wie contractspartij zal zijn. Indien de handelende persoon de naam van de volmachtgever (de meester) tijdig noemt, is er sprake van vertegenwoordigend handelen. De rechtshandeling van de handelende persoon wordt toegerekend aan de volmachtgever. Noemt de handelende persoon de naam van de volmachtgever niet tijdig, dan is hij in beginsel zelf partij (art. 3:67) (curs. NB).'

135. Vgl. paragraaf 4.3.6.3 'Alternatieve verbintenis', dat handelt over het *object* van de verbintenis.

keuze van de erfgenaam.<sup>136</sup> Over dit legaat met keuzemogelijkheid meer in paragraaf 5.3.2.4.

#### 4.3.8.4. 'Nader te noemen meester'

Het handelen voor 'nader te noemen meester' is geregeld in art. 3:67 BW:

- '1. Hij die een overeenkomst aangaat in naam van een nader te noemen volmachtgever, moet diens naam noemen binnen de door de wet, de overeenkomst of het gebruik bepaalde termijn of, bij gebreke hiervan, binnen een redelijke termijn.
2. Wanneer hij de naam van de volmachtgever niet tijdig noemt, wordt hij geacht de overeenkomst voor zichzelf te hebben aangegaan, tenzij uit de overeenkomst anders voortvloeit (curs. NB).'

Dit artikel maakt het mogelijk dat de identiteit van één van de contractspartijen enige tijd *onbepaald* blijft. De handelende persoon behoudt zich dan de bevoegdheid voor om te bepalen wie contractspartij zal zijn. Hij kan hierbij overigens ook zichzelf als 'meester' aanwijzen.<sup>137</sup> Vaak wordt in dat geval dan de clause 'voor zich of nader te noemen meester' gebruikt.<sup>138</sup>

Op grond van het tweede lid van art. 3:67 BW zal de handelende persoon, indien hij niet tijdig de naam van 'de meester' (de volmachtgever) noemt, geacht worden voor zichzelf te handelen, althans voorzover niet anders uit de overeenkomst voortvloeit. In dat geval is er *geen* sprake van *vertegenwoordiging*. Noemt de handelende persoon de naam van 'de meester' (de volmachtgever) wel tijdig, dan wordt de rechtshandeling van de handelende persoon aan 'de meester' toegerekend en is (wel) sprake van *vertegenwoordiging*.<sup>139</sup>

136. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 94, met verwijzing naar Zwolve 1983 en *Parl. Gesch. Boek* 6, p. 1213 e.v.

137. Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004, nr. 78.

138. Bloembergen/Van Schendel, *Rechtshandeling en overeenkomst* 2010, nr. 113. Met de mogelijkheid dat de handelende persoon in beginsel ook zichzelf kan aanwijzen verdwijnt het door Hartkamp en Sieburgh gemaakte onderscheid tussen de clause 'voor zich of nader te noemen meester' en de clause 'voor nader te noemen meester' evenwel op de achtergrond (Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 31 onder 'c'). Zie ook Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004, nr. 78: 'Tenzij duidelijk anders is overeengekomen, mag de clause 'nader te noemen meester' niet aldus worden verstaan, dat de handelende zichzelf niet als meester –dus als contractspartner– zou kunnen aanwijzen. In deze opvatting bestaat geen verschil in rechtsgevolg tussen de clauses 'voor nader te noemen meester' en 'voor zich of nader te noemen meester'. Van Schaick 2011, nr. 32 e.v. noemt het 'handelen voor zichzelf of nader te noemen meester' een vorm van voorwaardelijke vertegenwoordiging. Zie over de figuur van de 'nader te noemen meester' in erfrechtelijk verband ook B. Schols 2007a, p. 149 e.v. waarin wordt opgemerkt dat de executeur onder omstandigheden handelt voor een nader te noemen rechtsoptvolger van zijn erfrechtelijke meester.

139. De naam van 'de meester' (volmachtgever) dient overigens zonder voorbehoud te worden genoemd, zodat het voor de wederpartij vaststaat wie partij is bij de overeenkomst. Zie HR 26 mei 2000, ECLI: NL:HR:2000:AA5953, *NJ* 2000/442.

## Eggens schreef in 1932:

'De bevoegdheid om te handelen 'voor zich of nader te noemen meester' is nergens verboden, en reeds sinds eeuwen wordt van deze figuur gebruikt gemaakt. [...] M.i. beteekent zij dat de door de overeenkomst in het leven geroepen rechtsbetrekking zal gelden als rechtsbetrekking aangegaan door den 'meester' indien deze gevonden wordt en verklaart als zoodanig te willen fungeren. [...] *Als pp. het zoo willen waarom zou dit dan niet gelden, waar zij in beginsel hare vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen kunnen regelen zoals zij willen* (curs. NB)?<sup>140</sup>

Ofwel de *contractsvrijheid* dient volgens Eggens te prevaleren. Zou hetzelfde gezegd kunnen worden voor de *testevrijheid*? Ofwel: Als erflater het zo wil, waarom zou het dan niet mogelijk zijn om een ander te laten bepalen wie als erfgenamen, legatarissen of lastbevoordeelden optreden?

In paragraaf 4.3.8.1 gaf ik aan dat Hartkamp en Sieburgh een onderscheid maken tussen de koop 'voor zich of nader te noemen meester' en de koop 'voor nader te noemen meester'. Bij de koop 'voor nader te noemen meester' komt volgens Hartkamp en Sieburgh de koop niet eerder tot stand dan het moment van de aanwijzing van 'de meester'.<sup>141</sup> Gelet op de vereiste wilsovereenstemming (art. 3:33 jo. 3:35 BW) en het karakter van de koopovereenkomst lijkt me dat juist. Om te kunnen spreken van 'koop' zal enerzijds een bepaalde koper dienen op te treden en anderzijds een bepaalde verkoper. Ik vraag mij evenwel af wat de achterliggende gedachte van art. 3:67 BW is, wanneer de koop niet tot stand komt omdat de handelende persoon geen meester aanwijst en de koop evenmin tot stand kan komen omdat de clause 'voor nader te noemen meester' duidelijk de mogelijkheid dat de handelende persoon zichzelf als 'meester' aanwijst niet omvat.<sup>142</sup> Art. 3:67 BW beoogt immers toch juist enige *binding* te creëren, terwijl de identiteit van één van de contractspartijen voor een bepaalde termijn *onbepaald* is.<sup>143</sup> Wat is dan rechtens als de handelende partij zelf geen contractspartij kan worden en het aanwijzen van een 'meester' uitblijft? Ik meen dat in dat geval van enige binding tussen de handelende persoon en zijn 'wederpartij'

140. HR 17 juni 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AC7246, NJ 1982/224, Conclusie Adv.-Gen. mr. Mok die daarin Eggens, Weekblad voor het Notarisambt, jaargang 1932, nr. 3260 citeert.

141. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 31 onder 'c'. Bij de koop 'voor zich of nader te noemen meester' komt de koopovereenkomst wel onmiddellijk tot stand. Er is in dit geval sprake van de mogelijkheid van een *vervangbaar* gestelde persoon.

142. Uit de overeenkomst vloeit dan met andere woorden voort dat de handelende persoon nimmer zelf contractspartij kan worden: niet op grond van een eigen benoeming, noch door het bepaalde in art. 3:67 lid 2 BW. Zie in dit verband ook Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004, nr. 78: '*Tenzij duidelijk anders is overeengekomen*, mag de clause 'nader te noemen meester' niet aldus worden verstaan, dat de handelende zichzelf niet als meester –dus als contractspartner– zou kunnen aanwijzen. In deze opvatting bestaat geen verschil in rechtsgevolg tussen de clauses 'voor nader te noemen meester' en 'voor zich of nader te noemen meester' (curs. NB).'

143. Er wordt in art. 3:67 lid 1 BW immers gesproken van 'hij die *een overeenkomst aangaat*' en in het tweede lid van '*geacht de overeenkomst voor zichzelf te hebben aangegaan*, tenzij uit de overeenkomst anders voortvloeit' (curs. NB).'

enkel sprake is in de vorm van *aansprakelijkheid* van de handelende persoon voor eventuele schade die zijn 'wederpartij' door zijn handelen lijdt (art. 3:70 BW).<sup>144</sup>

Bovenstaande vragen stel ik omdat het antwoord hierop wellicht ook interessant kan zijn voor de vraag of een erflater een uiterste wilsbeschikking kan maken waarin hij bijvoorbeeld als legataris aanwijst: 'een binnen vier weken na mijn overlijden nader – door X – te noemen (op het moment van het openvallen van de nalatenschap dus nog *onbepaald*) persoon'. Op het eerste gezicht lijkt art. 3:67 BW zich voor een dergelijke vergelijking niet te lenen. X handelt immers niet voor een nader te noemen 'meester', maar voor erflater (die bepaald is). Voorts heeft art. 3:67 BW betrekking op het aangaan van een overeenkomst. Niettemin merkt Van Schaick op:

'Opvallend is dat art. 3:67 BW spreekt van het *aangaan van een overeenkomst* in naam van de volmachtgever, terwijl overigens in titel 3.3 BW consequent wordt gesproken van het *verrichten van rechtshandelingen* in naam van de volmachtgever. Een verklaring voor het verschil geeft de wetgever niet. Het lijkt slordigheid. Hoewel moeilijk denkbaar, zou ik niet bij voorbaat willen uitsluiten dat *eenzijdige* of andere *meerzijdige rechtshandelingen* dan overeenkomsten voor een nader te noemen meester kunnen worden verricht.'<sup>145</sup>

Ook B. Schols ziet voor art. 3:67 BW niet alleen een plek in het overeenkomstenrecht. De gedachte van de nader te noemen meester kan zijns inziens dienst bewijzen in de erfrechtelijke context van executele.<sup>146</sup>

De vergelijking met art. 3:67 BW gaat in bovengenoemd voorbeeld van een erflater die een uiterste wilsbeschikking maakt waarin hij als legataris aanwijst: 'een binnen vier weken na mijn overlijden nader – door X – te noemen (op het moment van het

144. Zo ook Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004, nr. 78: 'Deze aansprakelijkheid [aansprakelijkheid in het geval van onbevoegde vertegenwoordiging, toev. NB] bestaat ook indien hij geen meester noemt en uit de overeenkomst voortvloeit dat hijzelf geen contractspartij kan zijn.'

145. Van Schaick 2011, nr. 35.

146. B. Schols 2007a, p. 149: 'Dit omdat wij bij de afwikkeling van een nalatenschap niet alleen van doen hebben met een 'overledene' die überhaupt geen rechtshandelingen meer kan stellen, maar met name vanwege het feit dat na het overlijden *niet van meet af aan bekend hoeft te zijn wie zijn rechtsoptolger is*. Niet zelden dienen erfgenamen na het overlijden nog te worden opgespoord. Een executeur dient echter in het belang van een voortvarende boedelafwikkeling zijn wederpartij *reeds aan deze onbekende rechtsoptolger* van erflater te kunnen binden. De wederpartij handelt met de executeur en kan in beginsel worden gebonden *zonder* dat hij in die fase (zonder meer) *recht heeft de identiteit van zijn contractspartij te kennen*. Niet alleen zou *onbekend* kunnen zijn wie de erfgenamen zijn, maar het zou zich ook voor kunnen doen dat de erfgenaam de nalatenschap verwerpt. Desalniettemin blijft de wederpartij aan de met de executeur aangegane overeenkomst gebonden. Gesteld zou kunnen worden dat de executeur door het gebruik, impliciet dan wel expliciet, van de term executeur zich als onmiddellijk vertegenwoordiger van een *nader te noemen* rechtsoptolger van zijn erfrechtelijke meester heeft gedragen (curs. NB).' Volgens B. Schols kan de executeur onder omstandigheden dus handelen namens de nader te noemen rechtsoptolgers onder algemene titel van de erfrechtelijke meester. Hierbij dient overigens te worden gerealiseerd dat de rechtsoptolgers van erflater er wel steeds zijn op grond van art. 4:10 BW of op grond van het bepaalde in art. 4:115 BW en de daarin gelezen woorden 'daarbij aangewezen', die van erflater verlangen dat bij het openvallen van de nalatenschap de testamentaire erfgenamen steeds *onmiddellijk identificeerbaar* zijn (hierover meer in paragraaf 5.2.2). Vanuit dit gezichtspunt kan de vraag worden gesteld in hoeverre 'onbekend' hetzelfde is als 'onbepaald'. In beginsel is de identiteit van de erfgenamen wel telkens te achterhalen op grond van de wet of op grond van de uiterste wil en in zoverre handelt de wederpartij van de executeur mijns inziens dan ook niet met een nog *onbepaalde* 'contractspartij'.

openvallen van de nalatenschap dus nog onbepaald) persoon', evenwel niet op. X handelt immers zoals ik zojuist opmerkte niet voor een nader te noemen 'meester', maar voor erflater die bepaald is. Toch kan de vergelijking met het leerstuk van de nader te noemen 'meester' wellicht helpen om de rechtsbetrekking tussen de erflater (en na aanvaarding van de nalatenschap: diens erfgenamen) en X te duiden. X heeft de bevoegdheid gekregen om binnen een door de erflater gegeven of redelijke termijn te bepalen wie legataris zal zijn. Anders dan bij het 'alternatieve legaat', waarbij de erflater een legaat maakt aan twee *bepaalde* personen X of Y ter keuze van bijvoorbeeld de erfgenaam (zie paragraaf 4.3.8.3), is de legataris in het bovengenoemde voorbeeld bij het openvallen van de nalatenschap in beginsel nog *onbepaald*. Is er nu geen sprake van een legaat indien X geen legataris aanwijst? En wat is dan de verhouding tussen X en de erflater/ erfgenamen?<sup>147</sup> Is een en ander anders indien X zichzelf als legataris mag aanwijzen (vergelijk de koop 'voor zich of nader te noemen meester', waarbij onmiddellijk een overeenkomst tot stand komt)? En past het wel bij 'de aard' van het legaat om als erflater een beschikking te maken voor een nog *onbepaalde* legataris? Ik ga op deze vragen nader in, in paragraaf 5.3.2.

#### 4.3.9. Schakelbepaling van art. 6:216 BW

Het soepele bepaaldheidsvereiste van art. 6:227 BW geldt voor de *verbintenisschepende* overeenkomst als bedoeld in art. 6:213 BW. Dat wil zeggen de overeenkomst waarbij een (of meer) partij(en) jegens een (of meer) andere partij(en) een verbintenis aangaan. Op grond van de schakelbepaling van art. 6:216 BW is het soepele bepaaldheidsvereiste van art. 6:227 BW *in beginsel* ook van toepassing op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen,<sup>148</sup> voorzover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met *de aard van de rechtshandeling* zich daartegen niet verzet. In paragraaf 4.2.3 ('Parlementaire geschiedenis van Titel 3.2 BW') zagen we reeds dat de *aard van de rechtshandeling* belangrijk is voor de opvatting van het bepaaldheidsvereiste. In het daar aangehaalde citaat uit de Memorie van Antwoord werd immers opgemerkt dat met de bepaalbaarheid van art 6:227 BW voorzichtig moet worden omgesprongen. Hieronder de alinea in kwestie nogmaals aangehaald:

'Zoals uit het bovenstaande blijkt, is art. 6.5.2.10 [art. 6:227 BW, toev. NB] bedoeld als een versoepeling voor de obligatoire overeenkomst van de voor alle rechtshandelingen geldende eis van een bepaald onderwerp, en wel één die niet los gezien kan worden van de eisen van redelijkheid en billijkheid waardoor de obligatoire overeenkomst blijktens art. 6.5.3.1 [art. 6:248 BW, toev. NB] mede wordt beheerst. *De regel van art. 6.5.2.10 leent zich dan ook niet voor toepassing op alle andere rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten* (curs. NB). Dat voor de *zakelijke overeenkomst* een *iets strikter stelsel* geldt, blijkt uit de artt. 3.4.2.2 lid 2, 3.4.2.4 en 3.4.2.11 [thans artt. 3:84 lid 2, 3:89 en 3:98

147. In het geval van bijvoorbeeld koop voor een 'nader te noemen meester' is de handelende persoon *aansprakelijk* indien hij geen meester noemt en uit de overeenkomst voortvloeit dat hijzelf ook geen contractspartij kan zijn. Zie Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004, nr. 78.

148. Voorbeelden van andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen zijn: de vaststellings-overeenkomst (titel 7.15 BW), de goederenrechtelijke overeenkomst (art. 3:84 en 3:98 BW), de bewijsovereenkomst (art. 7:900 lid 3 BW), de huwelijkse voorwaarden (art. 1:114 BW), evenals het echtscheidingsconvenant en het samelevingscontract, voorzover de in de overeenkomst geregelde onderwerpen van vermogensrechtelijke aard zijn (zie in dit verband HR 21 februari 2014, NJ 2014/265, m.nt. L.C.A. Verstappen; AA 2014, p. 363-368, m.nt. A.J.M. Nuydinck).

BW, toev. NB] waarvan zeker het eerste artikel overigens op een ruime uitleg aanspraak kan maken, in het bijzonder wanneer het om overdracht bij voorbaat van toekomstige goederen gaat.<sup>149</sup>

En voor eenzijdige rechtshandelingen wordt opgemerkt dat:

‘Ook voor vele *eenzijdige rechtshandelingen* zou een algemene regel als die van art. 6.5.2.10 niet passend zijn [...] In het algemeen kan gezegd worden dat *ten aanzien van eenzijdige rechtshandelingen veelal uit de wet voortvloeit aan welke vereisten zij naar vorm en inhoud moeten voldoen teneinde het beoogde rechtsgevolg in het leven te roepen*, hetgeen tevens inhoudt dat zij, zo zij niet aan deze vereisten voldoen, nietig zijn. (curs. NB).<sup>150</sup>

Aan het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor eenzijdige rechtshandelingen besteed ik aandacht in paragraaf 4.5. In paragraaf 4.6 en hoofdstuk 5 ga ik vervolgens in op het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor uiterste wilsbeschikkingen, in het bijzonder voor de erfstelling, het legaat,<sup>151</sup> de last, de executeursbenoeming en het testamentair bewind.

Voor de *goederenrechtelijke* overeenkomst geldt, zoals we in het zojuist aangehaalde eerste citaat kunnen lezen, een *iets strikter* bepaaldheidsvereiste dan voor de obligatoire overeenkomst. Kennelijk verzet de aard van de goederenrechtelijke overeenkomst zich tegen een analoge toepassing van het bepaaldheidsvereiste van art. 6:227 BW. Hoe strikt dient het bepaaldheidsvereiste voor de goederenrechtelijke overeenkomst dan te worden opgevat? En kan het antwoord op deze vraag van belang zijn voor het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor de *erfstelling*? Bij de erfstelling betreft het immers (anders dan bij het legaat) goederenrechtelijke verhoudingen.

#### 4.4. Bepaaldheidsvereiste in het goederenrecht

##### 4.4.1. Inleidend

De goederenrechtelijke overeenkomst (ofwel naar oud recht ‘de zakelijke overeenkomst’) is een twee- of meezijdige rechtshandeling van vervreemder en verkrijger, die berust op een rechtstitel, en waardoor al dan niet door middel van een formaliteit (evt. buiten de actieve medewerking van de niet-belanghebbende partij) een goed wordt overgedragen dan wel een goederenrechtelijk recht wordt gevestigd of teniet gedaan.<sup>152</sup> De goederenrechtelijke overeenkomst is een van de componenten van de leveringseis als bedoeld in art. 3:84 lid 1 BW. Met behulp van het andere component, te

149. Kamerstukken II 1984/85, 17496, 10, p. 15 en 16 (MvA II Inv.), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123-1124.

150. Kamerstukken II 1984/85, 17496, 10, p. 15 en 16 (MvA II Inv.), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123-1124.

151. Gelet op de gelijkenis tussen de schenkingsovereenkomst en het *legaat* (zie paragraaf 2.4) en gelet op het feit dat het *legaat* een *verbintenissenrechtelijke* aard heeft, zie ik ruimte voor eenzelfde soepel bepaaldheidsvereiste als bedoeld in art. 6:227 BW, waarin *bepaalbaarheid* voldoet.

152. Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 326. Zie ook Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 225: ‘Van een goederenrechtelijke overeenkomst is sprake wanneer de tot overdracht strekkende wilsovereenstemming tussen vervreemder en verkrijger tot uiting is gebracht in de door de wet met betrekking tot het desbetreffende goed voorgeschreven leveringsformaliteit.’

weten de leveringshandeling, beoogt de goederenrechtelijke overeenkomst 'de overdracht' van een goed.<sup>153</sup>

In de hierna volgende paragraaf staan de goederenrechtelijke overeenkomst en het hierbij behorende bepaaldheidsvereiste centraal.<sup>154</sup>

#### 4.4.2. Art. 3:84 lid 2 BW

##### 4.4.2.1. Voldoende bepaaldheid bij levering

In art. 3:84 lid 1 BW zijn de vereisten voor de eigendomsoverdracht van een goed gegeven, te weten: 1) geldige titel, 2) bevoegdheid om over het goed te beschikken van degene die het goed levert en 3) een levering, die zoals gezegd bestaat uit een (goederenrechtelijke) overeenkomst van overdracht en een leveringshandeling.<sup>155</sup> Art. 3:84 lid 2 BW bepaalt dat:

'Bij de titel moet het goed *met voldoende bepaaldheid* omschreven zijn (curs. NB)'.

Het bepaaldheidsvereiste heeft hier eveneens betrekking op het onderwerp van de rechtshandeling, in dit geval het *goed* (vgl. paragraaf 4.3 waarin de prestatie het onderwerp vormde). Het goed moet, zo bepaalt art. 3:84 lid 2 BW, *bij de titel* met voldoende bepaaldheid zijn omschreven. Met 'de titel' wordt in art. 3:84 lid 1 BW bedoeld de rechtsgrond van de overdracht ofwel de rechtsverhouding die aan de overdracht ten grondslag ligt en deze rechtvaardigt.<sup>156</sup> Doorgaans is de titel een verbintenis uit overeenkomst. Zo kan de titel bijvoorbeeld zijn 'koop' of 'schenking'. De titel kan evenwel ook een verbintenis uit de wet zijn, zoals de onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling of gerechtvaardigde verrijking, of een verbintenis die voortvloeit uit een uiterste wil, zoals het legaat.<sup>157</sup> Als met 'de titel' bedoeld wordt de rechtsverhouding die aan de overdracht ten grondslag ligt en deze rechtvaardigt, dan sluit het bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW (weliswaar in het kader van de overdracht) aan bij het bepaaldheidsvereiste van art. 6:227 BW, dat betrekking heeft op de verbintenisscheppende overeenkomst. Art. 6:227 BW vereist, zoals in paragraaf 4.3 naar voren is gekomen, dat de verbintenissen die partijen op zich nemen *bepaalbaar* moeten zijn. Deze bepaalbaarheid

153. Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 222-223.

154. Over het bepaaldheidsvereiste in het goederenrecht ook: Struycken 1997; Struycken 1998; Kortmann & Faber 1998; Struycken 1999; Kortmann & Faber 1999; Struycken 2007, p. 790-791; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 204 e.v.; Brahn/Reehuis 2010, nr. 153 en 154; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 117; Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 316; Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 230 e.v.

155. Brahn/Reehuis 2010, nr. 125 e.v.; Hijma & Olthof 2011, nr. 109; Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 302 e.v.; Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 219.

156. Brahn/Reehuis 2010, nr. 144; Hijma & Olthof 2011, nr. 110; Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 314; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 113; Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 230.

157. Brahn/Reehuis 2010, nr. 145; Hijma & Olthof 2011, nr. 110; Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 314; Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 272.

is, zoals ik hierna zal toelichten, echter (toch) niet hetzelfde als de in art. 3:84 lid 2 BW vereiste 'voldoende bepaaldheid'.<sup>158</sup>

In de rechtspraak<sup>159</sup> en literatuur<sup>160</sup> is het bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW meermaals in verband gebracht met de levering: ook *bij de levering* dient het goed in voldoende mate te zijn bepaald, zodat duidelijk is welke goederen precies moeten worden geleverd. De goederen die overgedragen worden dienen bij de levering *individualiseerbaar* te zijn. Want, zoals in Pitlo/Reehuis & Heisterkamp is opgemerkt:

'Een levering zonder een *daarbij aangewezen* object is slechts een loze handeling (curs. NB). Voor een geslaagde levering is een *grotere mate van bepaaldheid vereist* dan voor de titel in de betekenis van lid 1'.<sup>161</sup>

Het bepaaldheidsvereiste voor de levering wordt ook wel geduid als '*individualisatie-eis*'.<sup>162</sup> Naast de individualisatie-eis of individualiseringseis, zien we in de literatuur nog een andere benaming terug voor het vereiste van bepaaldheid dat geldt voor de levering, namelijk het specialiteitsvereiste.<sup>163</sup>

In de literatuur wordt de bewoording van art. 3:84 lid 2 BW als 'ongelukkig', 'dubbelzinnig' en 'gebrekig' bestempeld.<sup>164</sup> Zo merken Bartels & Van Mierlo op dat in het tweede lid met titel niet hetzelfde begrip kan worden bedoeld als in het eerste lid. Huns inziens is de in art. 3:84 lid 2 BW vervatte eis van voldoende bepaaldheid dan ook van andere aard dan de eis van bepaalbaarheid in art. 6:227 BW. Het bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW heeft betrekking op de vaststelling van *goederenrechtelijke verhoudingen* (en niet van verbintenisrechtelijke) die ook door derden moeten worden gerespecteerd.<sup>165</sup> In dezelfde zin Reehuis & Heisterkamp die erop wijzen dat het in de het licht van de jurisprudentie van de Hoge Raad beter is om in art. 3:84 lid 2 BW onder 'titel' niet de rechtsgrond voor overdracht te verstaan (zoals in art. 3:84 lid 1 BW), maar de (akte van) levering.<sup>166</sup> Hoe het ook zij, de vraag of in art. 3:84 lid 2 BW onder 'titel' nu wel of niet de rechtsgrond voor overdracht moet worden verstaan (zoals in art. 3:84 lid 1 BW), of dat 'titel' juist verwijst naar de (akte van) levering is

158. Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 204; Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 230.

159. Zie de jurisprudentie genoemd in Pitlo/ Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 259 en voetnoot 78 en recentelijk nog HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261.

160. Struycken 1999; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 204; Brahn/Reehuis 2010, nr. 153-154; Hijma & Olthof 2011, nr. 116a; Pitlo/ Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 117; Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 316; Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 230.

161. Pitlo/ Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 117. Zie ook Reehuis 2004, nr. 8. Vgl. art. 4:115 BW waarin de woorden '*daarbij aangewezen*' ook voorkomen.

162. Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 316, waarover zij meer opmerken in nr. 80 en nr. 425, 345 en 546. Zie ook Struycken 2007, p. 790-791.

163. Kaptein 2013, par. 4. Zie ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 117 die de term hanteren voor de levering van een registergoed.

164. Pitlo/ Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 117; Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 316; Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 230.

165. Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 230. Zie ook Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010, nr. 204.

166. Pitlo/ Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 117. Over de bewoording van art. 3:84 lid 2 BW voorts ook Brahn/Reehuis 2010, nr. 153 en 154; Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 316.



voor dit onderzoek niet van belang. Wat daarentegen wel van belang is, is dat men het in de literatuur erover eens is dat voor de levering, ofwel de goederenrechtelijke overeenkomst, een vereiste van bepaaldheid geldt.<sup>167</sup> Dat is juist. Zoals reeds door mij is opgemerkt, geldt het bepaaldheidsvereiste immers voor alle rechtshandelingen<sup>168</sup> en de levering, bestaande uit een goederenrechtelijke overeenkomst en een leverings-handeling, is een rechtshandeling. Het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor de levering is, zoals hiervoor al naar voren kwam, *strikt* dan het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor de verbintenisrechtelijke overeenkomst en wordt ook wel geduid als 'individualisatie-eis'.<sup>169</sup> Hoe strikt dient deze 'individualisatie-eis', ofwel het bepaaldheidsvereiste voor de goederenrechtelijke overeenkomst, te worden opgevat? Het antwoord op deze vraag kan mijns inziens behulpzaam zijn bij de speurtocht naar de opvatting van het bepaaldheidsvereiste voor de erfstelling. Bij de erfstelling gaat het immers eveneens om goederenrechtelijke verhoudingen, in plaats van om verbintenisrechtelijke zoals bij het legaat.<sup>170</sup> Niettemin is een erfopvolging (op grond van een erfstelling) een opvolging onder algemene titel (art. 3:80 lid 2 BW), waarvoor zodoende geen overdracht en dus noch levering is vereist (anders dan bij het legaat, dat een opvolging onder bijzondere titel bewerkstelligt). Bovendien is de levering, anders dan de erfstelling, een tweezijdige- of meerzijdige rechtshandeling.

In onderstaande subparagrafen, waarin de opvatting van het bepaaldheidsvereiste voor de *goederenrechtelijke overeenkomst* wordt beschreven, richt ik me dan ook met name op de algemenere, voor goederenrechtelijke verhoudingen geldende bevindingen in de literatuur.

Art. 3:84 BW geldt via de schakelbepaling van art. 3:98 BW overigens ook voor de vestiging, overdracht en afstand van een beperkt recht, zoals bijvoorbeeld de verpanding van een goed. Het bepaaldheidsvereiste dat in art. 3:84 lid 2 BW besloten ligt, kan dan ook worden beschouwd als het bepaaldheidsvereiste dat in het algemeen voor goederenrechtelijke verhoudingen geldt.<sup>171</sup>

In beginsel zal ik hierna slechts spreken van 'de levering van een goed', daar waar (ingevolge art. 3:98 BW) ook gelezen kan worden de vestiging, overdracht en afstand van een beperkt recht.

#### 4.4.2.2. Bepaaldheidsvereiste en de goederenrechtelijke overeenkomst

Op de vraag hoe het bepaaldheidsvereiste voor goederenrechtelijke verhoudingen moet worden opgevat, geven Bartels & Van Mierlo het antwoord dat een goed bij de levering voldoende bepaald is wanneer naar *objectieve maatstaven* kan worden

167. Zie ook Kaptein 2013, par. 4: 'Hoe dan ook: dát het bepaaldheidsvereiste voor de levering geldt is onomstreden', met verwijzing naar Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 316. Zie ook Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 230.

168. Zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895. Zie ook *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123: 'Het vereiste van een bepaald onderwerp geldt voor *alle rechtshandelingen*, doch behoeft niet uitdrukkelijk in de wet te worden vermeld (curs. NB).'

169. Snijders & Rank-Berenschot 2012, nr. 316, over deze 'individualisatie-eis' merken zij meer op in nr. 80 en nr. 425, 345 en 546.

170. Voor het legaat is wel een *levering* vereist (art. 3:84 BW).

171. Struycken 1999, p. 579.

vastgesteld welk goed wordt overgedragen. Zij merken hierbij op dat het *van de aard* van het desbetreffende goed kan afhangen *in welke mate* bepaaldheid is geëist.<sup>172</sup>

Van de aard van het goed hangt af op welke wijze het goed dient te worden geleverd. Voor het gros van de goederen is voor de levering een akte vereist. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de levering van registergoederen (art. 3:89 BW), de levering van vorderingen (art. 3:94 BW), de levering van aandelen op naam in een NV of BV (art. 2:86 BW en 2:196 BW) en de levering van roerende zaken die niet in de macht van de vervreemder zijn (art. 3:95 BW). Voor de levering van roerende zaken die zich wél in de macht van de vervreemder bevinden, is evenwel geen akte vereist. Zij kan plaatsvinden door bezitsverschaffing of machtsverschaffing (art. 3:90 BW art. 3:91 BW).<sup>173</sup> Deze bijzondere voorschriften omtrent de wijze waarop het goed dient te worden geleverd, zijn mede van belang voor de mate van bepaaldheid die geldt voor de overdracht van het goed.<sup>174</sup>

Omdat ik met behulp van een vergelijking met de goederenrechtelijke overeenkomst antwoorden tracht te vinden over hoe het bepaaldheidsvereiste voor *goederenrechtelijke verhoudingen* die hun grondslag vinden in een uiterste wilsbeschikking, dient te worden uitgelegd (zie hiervoor hoofdstuk 5) en in dit onderzoek onder andere de vraag centraal staat in hoeverre er ten aanzien van een erfstelling neergelegd in een *uiterste wil* (ofwel in een akte) kan worden gedelegeerd, zal ik in deze paragraaf *geen* aandacht besteden aan de bepaaldheid die geldt voor de levering door middel van bezitsverschaffing. Ik richt mijn pijlen enkel op de goederenrechtelijke overeenkomst die bestaat uit de wilsovereenstemming tussen partijen, neergelegd in een daartoe bestemde akte. Indien voor de levering van een goed een akte is voorgeschreven, dan ligt in die eis besloten dat ten tijde van de levering het over te dragen goed in de akte met voldoende bepaaldheid is omschreven.<sup>175</sup> Welke mate van bepaaldheid is dan voldoende? Voor de mogelijkheden van wilsdelegatie ten aanzien van de erfstelling kan het antwoord op deze vraag van belang zijn. Het gegeven dat de erfstelling geen opvolging onder bijzondere titel (maar een opvolging onder algemene titel) inhoudt, zou er wellicht juist voor kunnen pleiten dat de erfgenamen en de erfdenen reeds met voldoende bepaaldheid in de akte, te weten de uiterste wil, moeten zijn omschreven. En dat dit niet *'achteraf'*, na het openvallen van de nalatenschap, kan geschieden. Door bijvoorbeeld omstandigheden of door een derde, die de erfstelling nader aanvult door te bepalen wie als erfgenaam optreedt en wat hij/zij verkrijgt.

172. Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 230. Zo ook Reehuis 2004, nr. 8.

173. Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 227.

174. Zo ook Struycken 1999, p. 579, die erop wijst dat met betrekking tot het bepaaldheidsvereiste de wetsartikelen 3:84 lid 2, 3:89, 3:94, 3:237, 3:239 en 3:260 BW evenals art. 20 Kadasterwet en art. 475 Rv en art. 2:86 en 2:196 leden 2 sub d BW met elkaar in verband zijn te zien.

175. Reehuis 2004, nr. 24 en 77; Pitlo/ Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 117.

Welke mate van bepaaldheid is vereist voor de leveringsakte van een registergoed, in het bijzonder een onroerende zaak?<sup>176</sup> Op deze vraag ga ik de volgende paragraaf nader in.

#### 4.4.2.3. Voldoende bepaaldheid voor registergoederen, in het bijzonder onroerende zaken

Het bepaaldheidsvereiste dat voor de levering van een registergoed geldt, staat ook wel bekend als het *specialiteitsvereiste*.<sup>177</sup> Op grond van art. 3:84 lid 2 jo. 3:89 BW dient een over te dragen registergoed, dat reeds aan de vervreemder toebehoort,<sup>178</sup> in de tussen partijen opgemaakte notariële leveringsakte met voldoende bepaaldheid te zijn omschreven. Dat wil zeggen dat het goed in de akte *individueel* moet worden bepaald. Hieraan zal veelal kunnen worden voldaan door de vermelding in de akte van de kadastrale gegevens (zie art. 20 Kadasterwet).<sup>179</sup> Een globale omschrijving of een omschrijving als 'alle onroerende zaken waarvan men op een gegeven moment eigenaar is', is niet mogelijk.<sup>180</sup> Want:

'Zonder omschrijving van de onroerende zaak zouden de openbare registers niet alleen ontoegankelijk worden, maar ook zonder waarde zijn omdat men niet weet waarop een daarin ingeschreven akte betrekking heeft.'<sup>181</sup>

Het bepaaldheidsvereiste of specialiteitsvereiste dient zodoende de belangen van derden en daarmee in het algemeen de rechtszekerheid van het rechtsverkeer in registergoederen. Toch zullen derden nooit volledige zekerheid kunnen krijgen.<sup>182</sup> Zo kunnen er ook rechten op registergoederen worden verkregen die niet in de openbare registers zijn ingeschreven (een verkrijging van een registergoed krachtens erfopvolging vindt immers van rechtswege plaats) en kan het zijn dat een rechtsgeldige titel na inschrijving wordt vernietigd.<sup>183</sup>

Het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor registergoederen is vanwege de derdenwerking van hetgeen in de registers wordt ingeschreven, *strikt*. De leveringsakte dient het goed te *specificeren*. Aan de hand van *objectieve maatstaven*, zoals de vermelding in de

176. Hetgeen ik hierna opmerk omtrent de levering van een onroerende zaak is ook van toepassing op andere registergoederen, zoals zeeschepen, binnenschepen en luchtvaartuigen. Op deze registergoederen ga ik hierna evenwel niet expliciet in.

177. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 117.

178. Op grond van art. 3:97 lid 1 BW is het niet mogelijk om een toekomstig registergoed te leveren. Zie ook Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 233.

179. Resp. de gegevens uit het register als bedoeld in art. 8:193 BW inzake een zeeschip, de gegevens uit het register als bedoeld in art. 8:783 BW inzake een binnenschip en de gegevens uit het register als bedoeld in art. 8:1302 BW inzake een luchtvaartuig. Zie over de kadastrale registratie en de specialiteitseis ook Reehuis 2004, nr. 24 en 25; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 49.

180. Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 298.

181. Brahn/Reehuis 2010, nr. 211. Zo ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 193.

182. Zo ook Kaptein 2013, par. 4.1.

183. Zie ook Brahn/Reehuis 2010, nr. 221, die wijst op het negatief registerstelsel.

akte van de kadastrale gegevens, dient vastgesteld te kunnen worden welk register-goed is geleverd. Voor een vaststelling 'achteraf' is geen plaats.

Een en ander ligt anders bij de bepaaldheid voor vorderingen op naam.<sup>184</sup>

#### 4.4.2.4. Voldoende bepaaldheid voor vorderingen op naam

Ten aanzien van de levering van vorderingen is het, anders dan bij de levering van een onroerende zaak, mogelijk om toekomstige vorderingen te leveren, zelfs zonder dat daarvan mededeling behoeft te worden gedaan aan de schuldenaar (zie art. 3:94 lid 3 BW, evenals art. 3:239 lid 1 BW voor de verpanding van vorderingen).<sup>185</sup> Welnu:

'Omdat in deze gevallen mededeling van de levering, dan wel de verpanding, niet aan de schuldenaar van de desbetreffende vordering behoeft te worden meegedeeld, is ook niet vereist dat de *identiteit* van deze schuldenaar reeds bij de levering/verpanding bekend is (curs. NB).'<sup>186</sup>

De mogelijkheid om toekomstige vorderingen te leveren en te verpanden zonder dat daarvan mededeling behoeft te worden gedaan aan de schuldenaar heeft ertoe geleid dat de vraag naar de mate van bepaaldheid in cessie- en pandakte de afgelopen jaren meerdere malen aan de Hoge Raad is voorgelegd.<sup>187</sup> Of een vordering met voldoende mate van bepaaldheid is omschreven, is een vraag van overwegend *feitelijke aard*.<sup>188</sup>

Sinds het arrest van de Hoge Raad van 14 oktober 1994,<sup>189</sup> ook bekend als het arrest Spaarbank Rivierenland/ Gispén q.q., kan gezegd worden dat er ten aanzien van vorderingen op naam een soepel bepaaldheidsvereiste geldt, in de zin dat *bepaalbaarheid* volstaat.<sup>190</sup> De Hoge Raad besliste in dit arrest dat het voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat, dat, *eventueel achteraf*, aan de hand van de akte kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat. Het is dan ook niet vereist dat de vordering in de akte zelf moet worden gespecificeerd door vermelding van bijzonderheden zoals de naam van de debiteur, het nummer van een factuur of een aan de debiteur toegekend cliëntnummer. Er kan bijvoorbeeld worden volstaan met een verwijzing in de cessieakte naar een ter gelegenheid van het opmaken van de akte uitgedraaide computerlijst waarop de te leveren vorderingen nader omschreven zijn.<sup>191</sup> Deze

184. Over de bepaaldheid van vorderingen uitgebreid Rongen 2012, p. 979 e.v.

185. Zie voor de rechtsgevolgen van stille cessie Biemans 2011.

186. Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 231. Zie in dit kader ook HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2434, NJ 1998/689 en Reehuis 2004, nr. 88.

187. Voor een recentelijk overzicht van deze jurisprudentie verwijs ik naar Rongen 2012, p. 981 e.v. en Pitlo/ Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 259 en voetnoot 78; Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 231.

188. HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, NJ 2005/96. Zie ook Reehuis 2004, nr. 77.

189. HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1488, NJ 1995/447 (*Spaarbank Rivierenland/ Gispén q.q.*).

190. Kaptein 2013, par. 4.1: 'Vele schrijvers spreken in dit verband van een verschuiving van bepaaldheid naar *bepaalbaarheid*.' Kaptein verwijst hierbij naar Reehuis 2004, nr. 78, p. 83; Struycken 2007, p. 790; Verhagen & Rongen 2000, p. 86; Bartels 2004, p. 5.

191. HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1488, NJ 1995/447. Zie ook Reehuis 2004, nr. 78; Pitlo/ Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 259.

opvatting van het bepaaldheidsvereiste heeft de Hoge Raad in latere arresten herhaald.<sup>192</sup> In HR 20 september 2002, NJ 2004/182 (*Mulder q.q./Rabobank Alphen aan den Rijn*)<sup>193</sup> werd zelfs toegestaan, een 'generieke omschrijving' van de te verpanden vorderingen in de trant van:

'alle ten tijde van de ondertekening van de akte bestaande rechten of vorderingen jegens derden en alle rechten of vorderingen jegens derden die worden verkregen uit de ten tijde van de ondertekening van de akte bestaande rechtsverhoudingen met die derden.'<sup>194</sup>

De Hoge Raad overweegt in dit arrest in r.o. 3.5 dat:

'[...] voor het vestigen van een pandrecht op een of meer vorderingen voldoende is dat de pandakte zodanige gegevens bevat, dat *eventueel achteraf*, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering(en) het gaat. Anders dan in onderdeel 1 wordt betoogd, kan een generieke omschrijving als hiervóór in 3.1 onder (v) weergegeven tot een geldige overdracht of verpanding leiden, omdat het generieke karakter van een dergelijke omschrijving en het ontbreken van een nadere specificatie van de betrokken vorderingen niet in de weg staan aan het oordeel dat een dergelijke omschrijving voldoet aan het vereiste van voldoende bepaaldheid in de zin van art. 3:84 lid 2. Zulks in overeenstemming met de in de conclusie van de Procureur-Generaal onder 7 besproken arresten, waaruit volgt dat het vereiste van voldoende bepaaldheid bij de akte van cessie of verpanding *niet strikt* moet worden uitgelegd (curs. NB).'

En in r.o. 6 dat:

'Dat voor nadere specificaties te rade moet worden gegaan bij de boekhouding van de pandgever doet niet af aan de voldoende bepaaldheid van de vorderingen.'

De boekhouding van de pandgever vormt namelijk een *objectieve bron* voor de nadere specificatie van de individuele vorderingen.<sup>195</sup>

Het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor de cessie en verpanding van vorderingen kan dus, blijkens de jurisprudentie, soepel worden geïnterpreteerd in die zin dat *bepaalbaarheid* voldoet. Indien aan de hand van de akte of als aanvulling daarop buiten de akte liggende gegevens (zoals administratie), de te leveren of te verpanden vordering kan worden geïdentificeerd is aan het bepaaldheidsvereiste voldaan.<sup>196</sup>

De *bepaalbaarheid* die geldt voor de levering en verpanding van vorderingen op naam is niettemin van een andere orde dan *bepaalbaarheid* die geldt voor de

192. Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 259, voetnoot 78 en de daarin weergegeven arresten. Zie ook Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 231.

193. HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7842, NJ 2004/182 (*Mulder q.q./Rabobank Alphen aan den Rijn*). Over dit arrest ook Verdaas 2002.

194. Zie ook de aanbeveling van Kortmann & Faber 1998 en Kortmann & Faber 1999.

195. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 259a. Zie over de mogelijkheid van een generieke omschrijving ook Reehuis 2004, nr. 79, waarin ook een voorbeeld wordt gegeven van een vordering die door een generieke omschrijving onvoldoende bepaald was, namelijk HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2903, NJ 1999/733.

196. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 259b. Zie voor hoe het bepaaldheidsvereiste vóór 1992 werd geïnterpreteerd Rongen 2012, p. 990 e.v.

verbintenisscheppende overeenkomst (art. 6:227 BW). De gegevens aan de hand waarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat, dienen namelijk telkens *objectief* te zijn.<sup>197</sup> Deze objectieve maatstaf is, zoals ik hierna zal toelichten, een andere als door Bolweg werd bedoeld.<sup>198</sup>

#### 4.4.2.5. Objectieve bepaalbaarheid

De versoepeling van de bepaaldheid naar *bepaalbaarheid* voor de goederenrechtelijke overeenkomst is erin gelegen dat de objectieve maatstaf ook *achteraf* kan worden ingeschakeld en de vorderingen niet in de akte zelf hoeven te worden gespecificeerd. Specificatie kan 'achteraf' geschieden, bijvoorbeeld door de boekhouding van de pandgever te raadplegen.<sup>199</sup>

Tot dusver lijkt het nog om eenzelfde *bepaalbaarheid* te gaan als in art. 6:227 BW (vgl. paragraaf 4.3.4.2 'Soepel bepaaldheidsvereiste'): 'achteraf', ofwel op een later moment, kan aan de hand van de akte worden vastgesteld om welke vordering het gaat. Het verschil tussen de bepaalbaarheid die geldt voor de goederenrechtelijke overeenkomst en de bepaalbaarheid voor de verbintenissenrechtelijke overeenkomst is evenwel gelegen in de ruimte die er is voor *subjectieve elementen*. De vaststelling van de inhoud van de verbintenisscheppende overeenkomst kan geschieden aan de hand van te voren vaststaande criteria, die ook een subjectief element kunnen inhouden, zoals het oordeel van een derde of van een der partijen. Voor een dergelijke subjectieve maatstaf is bij de bepaalbaarheid van de goederenrechtelijke overeenkomst daarentegen geen plaats.

Voor het delegatievraagstuk is dit een belangrijke constatering. Een objectieve maatstaf voor het bepaaldheidsvereiste die geen ruimte biedt voor subjectieve elementen, biedt ook geen ruimte voor wilsdelegatie. Of toch wel? Waarom geldt er eigenlijk een objectieve maatstaf? Op deze vraag ga ik hierna in.

#### 4.4.2.6. Ratio objectieve maatstaf: derdenwerking

De reden voor de objectieve maatstaf die geldt voor het bepaaldheidsvereiste in goederenrechtelijke sferen hangt samen met de *absolute werking* van goederenrechtelijke rechten. Anders dan het verbintenissenrecht dienen goederenrechtelijke verhoudingen ook door derden te worden gerespecteerd.<sup>200</sup> Het goederenrecht betreft de verhouding tussen persoon en goed en is daarmee immers ook voor derden van belang. Derden dienen duidelijk te weten *welk* goed tot *wiens* vermogen behoort en aan de hand

197. Zie HR 20 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AC7248, NJ 1998/362; Objectief zijn bijvoorbeeld facturen en boekhoudingen van de pandgever en de schuldenaar, zie Kaptein 2013, par. 4.2.

198. Zie hiervoor paragraaf 4.3.2.2 onder 'C': 'Bepaaldheid van verbintenissen...in de literatuur'. Evenals: Pitlo/Bolweg 1979, p. 224. Bolweg, lijkt met zijn 'objectieve maatstaf' subjectieve elementen, zoals het oordeel van een derde, niet uit te sluiten.

199. Over de betekenis van de woorden 'eventueel achteraf' ook Rongen 2012, p. 1001 e.v.

200. Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 230.

van de levering dient dan ook duidelijk te zijn of een goed al dan niet is overgedragen.<sup>201</sup> Beoordeling aan de hand van *objectieve* maatstaven is zodoende uitgangspunt.

De objectieve maatstaf dient alzo de *belangen van derden* en meer in het algemeen gezegd de rechtszekerheid in het rechtsverkeer. Niettemin merkt Kaptein op dat 'derden in ons causale stelsel vrijwel nooit met zekerheid kunnen afgaan op een vervreemding of bezwaring, omdat zij niet met zekerheid kunnen weten of er een rechtsgeldige titel aanwezig is.'<sup>202</sup> Hij laat hiermee doorschemeren dat een optimale rechtszekerheid voor derden in ons goederenrechtelijk stelsel een illusie is.

Kaptein gaat in zijn artikel zelfs nog een stap verder en stelt de vraag of het vereiste van 'objectieve gegevens' nog wel geldt:

'In zijn meest recente arrest over het bepaaldheidsvereiste voor vorderingen op naam rept de Hoge Raad met geen woord over deze beruchte overweging uit Wagemakers q.q./ Rabobank [te weten de 'objectieve maatstaf', toev. NB]. Het is daarom wenselijk dat de Hoge Raad in het hem eerstvolgende voorgelegde geschil expliciet aangeeft of de eis van 'objectieve gegevens' nog geldt en zo ja, wat nu exact onder de eis van 'objectieve gegevens' moet worden verstaan.'<sup>203</sup>

Zou er toch ook ruimte kunnen zijn voor subjectieve elementen bij de opvatting van het bepaaldheidsvereiste in goederenrechtelijke verhoudingen? Volgens Kaptein laat de rechtspraak dit thans nog in het midden. De gewezen arresten en literatuur lijken evenwel alle de 'objectieve maatstaf' te omarmen. Hetgeen voor de vraag of delegatie ten aanzien van goederenrechtelijke verhoudingen mogelijk is, allesbeslissend is: een objectieve maatstaf biedt geen ruimte voor subjectieve elementen en dus ook niet voor wilsdelegatie. Dat zou bijvoorbeeld betekenen dat er ten aanzien van de erfstelling, waarin het gaat om goederenrechtelijke verhoudingen, niet kan worden gedelegeerd.

In de volgende paragraaf wil ik evenwel wijzen op Kapteins zienswijze met betrekking tot de *subjectieve uitleg van cessie- en pandakten* en de gevolgen daarvan voor het bepaaldheidsvereiste.

#### 4.4.2.7. Ruimte voor subjectieve elementen met betrekking tot goederenrechtelijke verhoudingen

Voor de *uitleg van cessie- en pandakten* hebben subjectieve elementen wel betekenis. In HR 16 mei 2003, *NJ* 2004/183 (*De liser de Morsain/ Rabobank*)<sup>204</sup> heeft de Hoge Raad beslist dat cessieakten uitgelegd dienen te worden aan de hand van de *partijbedoeling*: het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (de zogenoemde

201. Zie Kaptein 2013, par. 4.1. Zie ook Rongen 2012, p. 980 die stelt dat het bepaaldheidsvereiste bij cessie en verpanding uitsluitend een *identificatiefunctie* heeft. Rongen ziet, anders dan Struycken 2007, p. 790, geen beschermingsfunctie in het bepaaldheidsvereiste.

202. Kaptein 2013, par. 4.1.

203. Kaptein 2013, par. 4.3.

204. HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4602, *NJ* 2004/183 (*De liser de Morsain/Rabobank*).

Haviltex-formule uit HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635).<sup>205</sup> De vraag naar de wijze van uitleg van de akte is evenwel een andere dan de vraag naar de mate van bepaaldheid van de vordering in de akte.<sup>206</sup> Deze laatste vraag is een vraag van overwegend *feitelijke aard*, die evenwel slechts in concreto aan de hand van (uitleg van de) akte is te beantwoorden.<sup>207</sup> Beide vragen liggen dan ook volgens Kaptein niet zo ver uiteen.<sup>208</sup> Zijns inziens is bepaaldheid ook een kwestie van uitleg en is het denkbaar dat een subjectieve uitleg doorwerkt in het bepaaldheidsvereiste en dat subjectieve uitleg kan leiden tot voldoende bepaaldheid:

'De consequentie van een subjectieve uitleg van cessie- en pandakten is dat het object van die akte *door de subjectieve partijbedoeling bepaald kan worden*. Het hanteren van een objectief bepaaldheidsvereiste voor een cessie- of pandakte ontnemt het nut van een subjectieve uitleg van diezelfde akte (curs. NB).'<sup>209</sup>

Naar Kapteins mening kan in de befaamde woorden van de Hoge Raad dat 'voldoende is dat de akte zodanige *gegevens* bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat'<sup>210</sup> onder gegevens ook de *subjectieve partijbedoeling* zijn begrepen:

'Bij de uitleg van de akte wordt ook de subjectieve partijbedoeling meegenomen. Weliswaar staat deze bedoeling niet met zoveel woorden expliciet in de akte, maar *ook deze subjectieve partijbedoeling kan men als 'gegevens' uit de akte aanmerken* (curs. NB).'<sup>211</sup>

En:

'Derden hoeven niet per se uit de akte af te kunnen leiden welke vordering vervreemd of bezwaard is; ook mogelijk is dat dit in geval van discussie achteraf aan de hand van *andere bewijsmiddelen* vast komt te staan. Tot dat moment worden derden voldoende beschermd. In het uiterste geval leidt dit ertoe dat bepaaldheid achteraf kan geschieden aan de hand van de subjectieve partijbedoeling (curs. NB).'<sup>212</sup>

Subjectieve elementen kunnen in Kapteins optiek dus wel degelijk van belang zijn bij de opvatting van het bepaaldheidsvereiste. Kaptein spreekt in dit kader evenwel enkel van de '*subjectieve partijbedoeling*'. Zou onder 'andere bewijsmiddelen' in bovengenoemd citaat ook kunnen worden verstaan: het subjectieve oordeel van bijvoorbeeld een 'deskundige'?

205. HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635. Over de uitleg van cessie- en pandakten ook Rongen 2012, p. 1003 e.v.

206. Pitlo/ Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 259c.

207. Reehuis 2004, nr. 77.

208. Kaptein 2013, par. 5. Het antwoord op beide vragen dient immers te worden gevonden aan de hand van de uitleg van dezelfde akte.

209. Kaptein 2013, par. 5.3.

210. Zie HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1488, *NJ* 1995/447.

211. Kaptein 2013, par. 5.3.

212. Kaptein 2013, par. 8.



Deze vraag ga ik in het kader van de bepaaldheid voor cessie- en pandakte niet behandelen. Het voegt aan dit onderzoek immers niets toe. Zij is evenwel interessant voor het antwoord op de vraag of er gedelegeerd kan worden ten aanzien van de goederenrechtelijke verhoudingen die door middel van een erfstelling in het leven worden geroepen. Geldt voor de erfstelling een bepaaldheidsvereiste naar 'objectieve maatstaf', voldoet daarbij 'bepaalbaarheid' en/of zouden er ook subjectieve elementen een rol kunnen spelen? Indien subjectieve elementen zijn toegestaan, kan er ruimte zijn voor een nadere concretisering door een derde en zodoende voor *wilsdelegatie*. Of geldt voor de erfstelling, net zoals bij registergoederen, evenwel een strikt bepaaldheidsvereiste en is er helemaal geen plaats voor een concretisering 'achteraf'?

Omdat voor de erfstelling en de uitleg van een uiterste wil sowieso andere maatstaven gelden dan bij de uitleg van cessie- en pandakten, de erfstelling bovendien een opvolging onder algemene titel bewerkstelligt waarvoor geen levering is vereist en zij een *eenzijdige rechtshandeling* is, zijn bovenstaande bevindingen over de goederenrechtelijke overeenkomst niet onverkort van toepassing op de goederenrechtelijke verhoudingen die in het leven worden geroepen door de erfstelling. De vraag hoe het bepaaldheidsvereiste ten aanzien van de erfstelling dient te worden opgevat, verdient een aparte behandeling in het volgende hoofdstuk (paragraaf 5.2). Niettemin ben ik ervan overtuigd dat de bevindingen in dit hoofdstuk vanwege de *gelaagde structuur* van het vermogensrecht, al is het enkel als bron van inspiratie, wel behulpzaam kunnen zijn bij de zoektocht naar de uitleg van het bepaaldheidsvereiste in verbintenissenrechtelijke en goederenrechtelijke verhoudingen die worden gecreëerd door een uiterste wilsbeschikking. Hieronder zet ik deze 'behulpzame bevindingen' voor wat de *goederenrechtelijke* verhoudingen betreft, nog een keer op een rij.

#### 4.4.3. Tussenconclusie

Voor de goederenrechtelijke overeenkomst is vereist dat het over te dragen goed voldoende is bepaald. Is voor de levering van een goed een *akte* voorgeschreven, dan ligt hierin besloten dat ten tijde van de levering het over te dragen goed in de akte met voldoende bepaaldheid is omschreven. Dit met het oog op de rechtszekerheid in het rechtsverkeer. Het dient voor derden aan de hand van de levering duidelijk te zijn of een goed al dan niet is overgedragen en tot wiens vermogen het behoort. Vandaar dat vereist wordt dat naar *objectieve maatstaven* kan worden vastgesteld welk goed overgedragen wordt. Hierbij kan het *van de aard van het desbetreffende goed* afhangen in welke mate bepaaldheid is geëist. Zo vereist de aard van een registergoed, in het kader van de levering, een strikter bepaaldheidsvereiste dan de aard van een vordering op naam (zie subparagraaf 4.4.2.3 en 4.4.2.4). Voor de levering (of verpanding, art. 3:98 BW) van vorderingen op naam is namelijk voldoende dat de akte zodanige gegevens bevat, dat eventueel achteraf, aan de hand van de akte kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat. Het is dan ook niet nodig dat de vordering in de akte zelf moet zijn gespecificeerd. Het bepaaldheidsvereiste voor de cessie of verpanding van vorderingen (art. 3:98 BW) kan dus soepel worden opgevat, in die zin dat *bepaalbaarheid* volstaat.

Deze *bepaalbaarheid* die geldt voor cessie of verpanding van vorderingen is evenwel van andere orde dan de *bepaalbaarheid* van art. 6:227 BW, waarin het is toegestaan dat de vaststelling naar van te voren vaststaande criteria geschiedt, die ook een *subjectief element* kunnen inhouden. Zo kan de nadere vaststelling van de inhoud van een overeenkomst ook aan een derde worden opgedragen of aan een van de partijen. De *bepaalbaarheid* die geldt voor de goederenrechtelijke overeenkomst dient daarentegen nader geconcretiseerd te worden aan de hand van *objectieve gegevens*.<sup>213</sup> Voor een nadere vaststelling aan de hand van subjectieve elementen (partijbedoeling, of oordeel van deskundige) is dan ook geen plaats.

Zoals gezegd hangt de rechtvaardiging hiervan samen met de aard van het goederenrecht en de daarin gelegen derdenwerking. Derden dienen duidelijk te weten welk goed tot wiens vermogen behoort. Het bepaaldheidsvereiste dient met andere woorden de rechtszekerheid in het rechtsverkeer. Maar dient aan dit argument wel zo zwaar gewicht te worden toegekend?

Met name als dit argument 'losgekoppeld' wordt van 'de overdracht' als bedoeld in art. 3:84 BW en geplaatst wordt in erfrechtelijke sferen kan de vraag worden gesteld of aan het bezwaar van rechtsonzekerheid in het rechtsverkeer niet op een bepaalde manier tegemoet kan worden gekomen. Ik ga hier nader op in, in paragraaf 5.2.2.4.

#### 4.5. **Bepaaldheidsvereiste en eenzijdige rechtshandelingen**

Zoals reeds in paragraaf 4.3.2 en 4.3.9 gezien, is over het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor eenzijdige rechtshandelingen, zoals de uiterste wilsbeschikking, het volgende bekend:

'Ook voor vele eenzijdige rechtshandelingen zou een algemene regel als die van art. 6.5.2.10 niet passend zijn. Zo zal uit een opzeggingsverklaring duidelijk moeten blijken op welke overeenkomst zij betrekking heeft en eventueel – afhankelijk van de wettelijke of contractuele regeling waarop de bevoegdheid tot opzegging berust – op welke grond en tegen welke termijn zij geschiedt; van een bevoegdheid van de opzeggende partij om hieromtrent later duidelijkheid te verschaffen of dat aan een derde over te laten, is geen sprake. Hetzelfde geldt voor eenzijdige rechtshandelingen strekkende tot ontbinding of vernietiging van overeenkomsten, tot verrekening van een schuld met een tegenvordering, etc. *In het algemeen kan gezegd worden dat ten aanzien van eenzijdige rechtshandelingen veelal uit de wet voortvloeit aan welke vereisten zij naar vorm en inhoud moeten voldoen teneinde het beoogde rechtsgevolg in het leven te roepen*, hetgeen tevens inhoudt dat zij, zo zij niet aan deze vereisten voldoen, nietig zijn. Ook om dit laatste te doen vaststaan, is derhalve geen algemene wetsbepaling in de trant van art. 6.5.2.10 nodig (curs. NB).'<sup>214</sup>

In hoeverre eenzijdige rechtshandelingen bepaald moeten zijn, vloeit dus *veelal* voort uit de in de wet *opgenomen vereisten* ten aanzien van de *vorm en inhoud* van de betreffende rechtshandeling.

213. HR 20 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7248, NJ 1998/362.

214. Kamerstukken II 1984/85, 17496, 10, p. 15 en 16 (MvA II Inv.), Parl. Gesch. Boek 3, p. 1123-1124.

Bij het lezen van bovenstaand citaat valt mij op dat ten aanzien van de eenzijdige rechtshandelingen, diens wettelijke vereisten met zich kunnen brengen dat niet louter het *onderwerp* (de hoofdzaak) van de rechtshandeling voldoende bepaald moet zijn (zoals het bepaaldheidsvereiste, dat van iedere rechtshandeling een bepaald onderwerp verlangt, overigens wel suggereert), maar ook andere onderdelen van de inhoud. Bij bijvoorbeeld een opzeggingsverklaring moet kennelijk niet alleen de overeenkomst waarop de opzegging betrekking heeft ('het onderwerp' van de eenzijdige rechtshandeling) duidelijk zijn, maar eventueel, afhankelijk van de wettelijke of contractuele regeling waarop de bevoegdheid tot opzegging berust, ook *op welke grond en tegen welke termijn* zij geschiedt. Wat betekent dit concreet voor de uiterste wilsbeschikking? In de onderstaande paragraaf ga ik nader in op het bepaaldheidsvereiste en de uiterste wilsbeschikking.

#### 4.6. Bepaaldheidsvereiste en de uiterste wilsbeschikking

##### 4.6.1. Inleidend

De laatste zinsnede van art. 4:42 lid 1 BW geeft aan dat er meerdere uiterste wilsbeschikkingen zijn, namelijk die beschikkingen die in Boek 4 BW geregeld zijn of in de wet als zodanig worden aangemerkt. Al deze uiterste wilsbeschikkingen zijn *eenzijdige rechtshandelingen* (art. 4:42 BW).

In de vorige paragraaf kwam naar voren dat voor de mate van bepaaldheid die geldt voor eenzijdige rechtshandelingen, en dus voor uiterste wilsbeschikkingen, gekeken moet worden naar *de wet* en de daarin gelegen *vereisten ten aanzien van de vorm en inhoud*. Veelal vloeit daaruit voort welke mate van bepaaldheid wordt verlangd teneinde het beoogde rechtsgevolg in het leven te roepen. Indien dat overigens niet met zoveel woorden uit de wet voortvloeit, kan mijns inziens aan de hand van de wettelijke vereisten wel worden achterhaald wat *de aard* van een bepaalde uiterste wilsbeschikking is. En deze aard (bijvoorbeeld verbintenissenrechtelijk) kan vervolgens weer een indicatie geven voor de vereiste mate van bepaaldheid (bijvoorbeeld bepaalbaarheid als bedoeld in art. 6:227 BW). Aan de hand hiervan zou voorts kunnen worden beoordeeld in hoeverre het mogelijk is om een ander mede de inhoud van een te onderscheiden soort uiterste wilsbeschikking te laten bepalen. Ofwel in hoeverre er kan worden gedelegeerd ten aanzien van de inhoud van een bepaalde soort uiterste wilsbeschikking.

Er bestaat zeker zo'n twintigtal te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen, waarvan ik hierna een overzicht geef.

##### 4.6.2. Te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen

In en buiten Boek 4 BW zijn ongeveer twintig te onderscheiden soorten beschikkingen als uiterste wilsbeschikking geregeld of als zodanig aangemerkt. Breemhaar noemt achtereenvolgens: de erfstelling (art. 4:115 BW), het legaat (art. 4:117 BW), de testamentaire last (art. 4:130 BW), de oprichting van een stichting (art. 4:135 jo.

2:286 lid 2, vierde zin BW), de executeursbenoeming (art. 4:142 BW), het instellen van een testamentair bewind (4:153 BW), beschikkingen omtrent de vermindering van legaten en testamentaire lasten (art. 4:120 BW, art. 4:121 BW jo. art. 4:130 BW), de onterving (art. 4:1 BW), de beschikkingen omtrent het erfrecht bij versterf van de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot van de erflater (art. 4:13 BW, art. 4:17 BW, art. 4:25 BW, art. 4:27 BW), beschikkingen omtrent de wettelijke rechten van afd. 4.3.2 BW (art. 4:30 BW en art. 4:37 BW), beschikkingen omtrent de legitieme portie (art. 4:82 BW, art. 4:83 BW, art. 4:87 BW), beschikking omtrent het gesloten houden van het gedeponeerde onderhandse testament (art. 4:95 BW), de herroeping van uiterste wilsbeschikkingen (art. 4:111 BW), beschikkingen omtrent de inbreng van giften (art. 4:229 BW), de testamentaire uitsluitingsclausule (art. 1:94 BW), de benoeming van een bewindvoerder over de verkrijging van een minderjarige of onder curatele gestelde (art. 1:253i BW, art. 1:337 BW, art. 1:386 BW), de ontzegging van het wettelijke vruchtgenot (art. 1:253m BW), de benoeming van een testamentair voogd (art. 1:292 BW),<sup>215</sup> de herroeping van giften bij dode (art. 7:177 lid 2 BW jo. art. 7:186 lid 1 jo. 7:177 lid 2 BW), de beschikkingen omtrent de persoonlijkheidsrechten van de auteur en de uitvoerend kunstenaar (art. 25 leden 2 en 4 Auteurswet, art. 5 lid 2 Wet op de naburige rechten), de beschikkingen omtrent de lijkbezorging, de bestemming van de as en sectie (art. 18, 19 en 72 Wet op de lijkbezorging), de beschikking omtrent transplantatie (art. 9 lid 4 Wet op de orgaandonatie), alsmede de beschikking omtrent het geheimhouden van de uiterste wil (art. 49a Wet op het Notarisambt),<sup>216</sup> Aan dit rijtje kan nog worden toegevoegd: de toestemming tot postmortale procreatie (art. 7, tweede zin, Embryowet).<sup>217</sup>

Is de aard van al deze te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen louter een erfrechtelijke? Op deze vraag ga ik in de volgende paragraaf in.

#### 4.6.3. *Vorm of inhoud*

Bij nadere bestudering van de zojuist genoemde bepalingen valt op dat niet alle uiterste wilsbeschikkingen een louter erfrechtelijke aard kennen. Zo geschiedt het oprichten van een stichting normaliter conform de regels van Boek 2 BW. Door het bepaalde in art. 4:135 jo. 2:286 lid 2, vierde zin BW kan de oprichting van een stichting evenwel ook *bij uiterste wil* geschieden. De aanmerking van de oprichting van een stichting als uiterste wilsbeschikking heeft zodoende betrekking op de *formaliteiten*. De erfrechtelijke aard van deze uiterste wilsbeschikking is in essentie dan ook formeel, het betreft een vormvoorschrift. Dat geldt eveneens voor het benoemen van een voogd, het herroepen van giften bij dode, de ontzegging van het wettelijk vruchtgenot, het maken van een testamentaire uitsluitingsclausule, de benoeming van een bewindvoerder over de verkrijging van een minderjarige of onder curatele gestelde, beschikkingen omtrent de inbreng van giften, de beschikkingen omtrent de persoonlijkheidsrechten van de auteur

215. Sinds 1 april 2014 kan een voogd ook worden benoemd door middel van een aantekening in het gezagsregister. In dat geval betreft het geen testamentaire voogd.

216. Breemhaar 1992, nr. 16.

217. Kritisch hierover is Nuytinck 2003 en Nuytinck 2006.

en de uitvoerend kunstenaar, alsmede de beschikking omtrent het geheimhouden van de uiterste wil.<sup>218</sup> Al deze bepalingen betreffen *niet* het wezen van de rechtshandeling, maar zien slechts op de formaliteiten. Anders gezegd: deze beschikkingen betreffen, ten aanzien van hun *erfrechtelijke aard*, in essentie louter een *vormvoorschrift*.

Dat is anders voor de erfstelling, het legaat en de testamentaire last, die ook in *materieel* opzicht een erfrechtelijke aard kennen:

- art. 4:115 BW: 'Een erfstelling is een uiterste wilsbeschikking [....].'
- art. 4:117 BW: 'Een legaat is een uiterste wilsbeschikking [....].'
- art. 4:130 BW: 'Een testamentaire last is een uiterste wilsbeschikking [...].'

Voor wat de executeursbenoeming en het testamentaire bewind betreft, kan enerzijds worden betoogd dat dit ook slechts een formaliteit betreft ('bij uiterste wilsbeschikking'), doch anderzijds kent Boek 4 BW voor deze beschikkingen uitgebreide *inhoudelijke* bepalingen. Het is om deze reden dat ik in hoofdstuk 5 de erfstelling, het legaat, de testamentaire last, alsmede de executeursbenoeming en het testamentair bewind uitgebreid behandel en bekijk welke mate van bepaaldheid er voor ieder van hen is vereist. Dit doe ik overigens hoofdzakelijk ten aanzien van hun onderwerp (de hoofdzaak).<sup>219</sup>

Het erfrechtelijke karakter van een behoorlijk aantal te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen betreft, zoals zojuist betoogd, in feite een vormvereiste. In de volgende paragraaf ga ik, in het kader van de vereiste mate van bepaaldheid, nader

218. De wet spreekt in de volgende gevallen dan ook slechts van:

- 'bij uiterste wilsbeschikking' (art. 4:135 BW, 4:142 BW, 4:153 BW, art. 4:1 BW, art. 4:13 BW, art. 4:25 lid 6 BW, art. 4:27 BW, art. 4:30 BW, art. 4:37 BW, art. 4:83 BW, art. 4:95 BW, art. 4:229 BW, art. 1:94 BW, art. 1:253i BW, art. 1:253m BW, art. 1:292 BW, art. 7:177 BW jo. art. 7:186 BW, art. 25 Auteurswet, art. 5 Wet op de naburige rechten, art. 49a Wet op het Notarisambt);
- 'aan een uiterste wilsbeschikking' (art. 4:82 BW);
- 'door een uiterste wilsbeschikking' (art. 2:286 lid 2, vierde zin BW);
- 'uit de uiterste wil' (art. 4:120 BW, art. 4:121 BW, art. 4:87 BW);
- 'tenzij erflater, dan wel de echtgenoot en het kind tezamen, anders hebben bepaald resp. 'tenzij door erflater [...] anders is bepaald' resp. 'behoudens voor zover de erflater anders heeft bepaald' (art. 4:13 lid 4 BW, art. 4:17 BW, art. 4:25 lid 1 BW);
- 'van een uiterste wilsbeschikking' (art. 4:111 BW);
- 'vermaakt' (art. 1:337 BW).

Zie voor wat betreft de toestemming tot postmortale procreatie (art. 7, tweede zin, Embryowet), de toestemming tot dan wel bezwaar tegen orgaandonatie (art. 9 lid 4 Wet op de orgaandonatie) en het regelen van de lijkbezorging (art. 19 lid 1 Wet op de lijkbezorging) ook Nuytink 2006, waarin hij de wetgever adviseert om deze drie bijzondere wetten zo spoedig mogelijk te wijzigen en daarin de terminologie 'bij uiterste wilsbeschikking' te bezigen.

219. Voor wat de overige in Boek 4 BW genoemde beschikkingen betreft (beschikkingen omtrent de vermindering van legaten en testamentaire lasten, de onterving, de beschikkingen omtrent het erfrecht bij versterf van de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot van de erflater, beschikkingen omtrent de wettelijke rechten van afd. 4.3.2 BW, beschikkingen omtrent de legitieme portie, beschikking omtrent het gesloten houden van het gedeponeerde onderhandse testament, alsmede de herroeping van uiterste wilsbeschikkingen), kan worden gesteld dat deze *samenhangen* met het versterferfrecht, dwingend erfrecht of met door erflater gemaakte erfstellingen, legaten of lasten en een meer *technisch* of *regelend* resp. *aanvullend karakter* kennen. Ik ga in hoofdstuk 5 niet op hen in. Dit vanwege het feit dat het principe telkens hetzelfde zou moeten zijn: aan de hand van de vereisten ten aanzien van vorm en inhoud kan de mate van bepaaldheid voor iedere soort uiterste wilsbeschikking worden gevonden en kan vervolgens worden beoordeeld in hoeverre het mogelijk is om te delegeren.

op de erfrechtelijke vormvoorschriften in. Op grond van art. 4:42 lid 3 jo. titel 4.4.4 BW zijn de vormvoorschriften voor iedere te onderscheiden soort uiterste wilsbeschikking nagenoeg hetzelfde.<sup>220</sup> In hoeverre zijn deze algemene vormvoorschriften van belang voor de vereiste mate van bepaaldheid?

#### 4.6.4. Vormvoorschriften

##### 4.6.4.1. Bepaaldheidsvereiste en algemene vormvoorschriften van afdeling 4.4.4 BW

De vormvoorschriften voor de uiterste wilsbeschikking zijn nader geregeld in afdeling 4.4.4 BW. Ik verwijs hiervoor naar hetgeen ik hierover in paragraaf 2.3.2 en 2.3.3 (betreffende de vormgebondenheid) heb opgemerkt.

Breemhaar geeft aan dat uit de vormgebondenheid in combinatie met het bepaaldheidsvereiste een verbod tot ontduiking van de vormdwang voortvloeit.<sup>221</sup> Het wezen van de beschikking mag niet gevonden worden in een stuk waarnaar de beschikking verwijst.<sup>222</sup> Erflaters wil zal met andere woorden uit de uiterste wil zelf moeten blijken. In paragraaf 2.3.4 ('Ontduiking vormgebondenheid') betoogde ik dat erkenning van wilsdelegatie echter niet leidt tot erkenning van informele uiterste wilsbeschikkingen en dat de vormgebondenheid wilsdelegatie *niet* verhindert.

Een erflater die aan een derde de bevoegdheid wil geven om zijn uiterste wilsbeschikking nader in te vullen, zal dit steeds *bij uiterste wil* moeten doen. Op deze manier is zijn wilsbeschikking in de juiste, door de wet vereiste, vorm gemaakt. En is zij omkleed met de waarborgen van de vormvoorschriften, zoals de deskundigheid van de notaris.<sup>223</sup> Van een *informele uiterste wilsbeschikking* kan dan geen sprake zijn. Erflaters wil (incl. de wil om te delegeren) is immers *in de uiterste wil* neergelegd. Indien erflater zijn uiterste wilsbeschikkingen wil veranderen, zal hij de vormvoorschriften van afdeling 4.4.4 BW eveneens in acht moeten nemen (art. 4:111 BW). Wanneer de gedelegeerde de uiterste wilsbeschikking, met zijn in de uiterste wil

220. Art. 4:94 BW bepaalt dat: 'Behoudens hetgeen in de artikelen 97-107 is bepaald, kan een uiterste wil alleen worden gemaakt bij een notariële akte of bij een aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte'. Art. 4:97 BW bepaalt dat bij een onderhands, door erflater geheel met de hand geschreven, gedagtekend stuk zonder verdere formaliteiten beschikkingen kunnen worden gemaakt tot: het maken van legaten van kleren, lijfstoebehoren en bepaalde lijfsieraden, bepaalde tot de inboedel behorende zaken en bepaalde boeken; bepaling dat de hiervoor genoemde goederen buiten een huwelijksgemeenschap vallen; aanwijzing van een persoon als bedoeld in art. 25 lid 2 en 4 van de Auteurswet en art. 5 lid 2 van de Wet op de naburige rechten. Art. 4:98-107 BW geeft voorts bepalingen voor het maken van een uiterste wil in noodsituaties of buitengewone omstandigheden. Zie ook paragraaf 2.3 'Vormgebondenheid'.

221. Breemhaar 1992, nr. 72. Over dit verbod schrijft hij ook in nr. 78-80.

222. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 149.

223. Zoals ik reeds in noot 74 bij paragraaf 1.3.2.3 opmerkte kan bij een uiterste wil die wordt gemaakt bij een aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte (het zogenoemde depot-testament) de *Belehrung* door de notaris een minder verstrekkend karakter hebben dan de *Belehrung* door de notaris bij een uiterste wil die is gemaakt bij notariële akte. Met name wanneer er sprake is van een gesloten onderhandse uiterste wil, zal de notaris enkel kunnen *belehren* met betrekking tot de door de erflater gekozen vorm voor zijn uiterste wil.

gelegen 'opdracht', bijvoorbeeld nader bepaalt,<sup>224</sup> doet dat aan de algemene vormvoorschriften en de daarin gelegen waarborgen geen afbreuk. De wil van de gedelegeerde *is immers niet erflaters wil* en zodoende *niet* aan de vormvoorschriften gebonden, die zijn er louter in het belang van erflater.<sup>225</sup>

De algemene vormvoorschriften van afdeling 4.4.4 BW leiden dan ook niet tot een strikt bepaaldheidsvereiste, *in die zin dat* niet alleen erflaters wil, maar ook de wil van de gedelegeerde *in de uiterste wil* (de akte) moet zijn neergelegd. De vormvoorschriften van afdeling 4.4.4 BW brengen dit niet mee,<sup>226</sup> de wil van de gedelegeerde *is immers niet* aan de vormvoorschriften gebonden.

Hoe zat het ook alweer met het andere formele geldigheidsvereiste, dat van erflater een (*hoogst*)*persoonlijke* uiterste wilsbeschikking verlangt? Brengt dit formele aspect van het hoogstpersoonlijke met zich dat erflater de inhoud van zijn uiterste wilsbeschikkingen volledig zelf moet bepalen en verhindert het daarmee wilsdelegatie? Ik beantwoordde deze vraag in paragraaf 3.5 reeds ontkennend. Hieronder een en ander nogmaals kort herhaald.

#### 4.6.4.2. Formele geldigheidsvereiste van art. 4:42 lid 3 BW

In paragraaf 3.5 ('Het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke en art. 4:42 lid 3 BW') ging ik nader in op de algemene hoogstpersoonlijke aard van de uiterste wilsbeschikking zoals neergelegd in art. 4:42 lid 3 BW en de vraag of hierin een materieel aspect besloten ligt dat een delegatieverbod inhoudt. De conclusie was dat in art. 4:42 lid 3 BW enkel een *formeel* geldigheidsvereiste is gelegen, dat van erflater verlangt dat hij zijn uiterste wilsbeschikking persoonlijk *maakt* en herroept. Vertegenwoordiging bij *het maken* van de uiterste wilsbeschikking is niet toegestaan. Ik stelde de vraag: Waarom zou een *hoogstpersoonlijk gemaakte* uiterste wilsbeschikking niet ook *hoogstpersoonlijk gemaakte* delegatiebevoegdheden ten aanzien van de inhoud kunnen bevatten? Art. 4:42 lid 3 BW staat hieraan mijns inziens niet in de weg.<sup>227</sup> Het hierin gelegen hoogstpersoonlijk karakter zegt namelijk niets over de *wezenlijke inhoud* van de uiterste wilsbeschikking noch over de vraag of deze inhoud door een ander bijvoorbeeld mag worden geconcretiseerd. Mijns inziens dient hiervoor gekeken te worden naar art. 4:42 lid 1 BW, waarin de materiële bouwstenen van de uiterste wilsbeschikking zijn neergelegd en waarin ook impliciet het bepaaldheidsvereiste besloten ligt (immers: 'een uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige *rechtshandeling* [...]').

224. De vraag in hoeverre dit is toegestaan, dient mijns inziens te worden beoordeeld aan de hand van de vereisten die gelden ten aanzien van de *inhoud* van de te onderscheiden soorten beschikkingen. Zie ook hierna hoofdstuk 5. Vgl. in dit kader overigens ook mijn opmerkingen in paragraaf 2.2.3 'Passend binnen het gesloten stelsel'.

225. Zie ook paragraaf 2.3.4 'Ontduiking vormgebondenheid'.

226. Art. 4:93 BW verzet zich hier zelfs tegen: 'Een uiterste wil die bij dezelfde akte door twee of meer personen is gemaakt, is nietig.'

227. Vgl. in dit kader ook mijn opmerkingen in paragraaf 2.2.3 'Passend binnen het gesloten stelsel'.

Afhankelijk van de vraag hoe dit bepaaldheidsvereiste dient te worden opgevat (strikt of soepel, met objectieve of subjectieve maatstaf?), kan er bekeken worden of er ruimte is om te delegeren ten aanzien van de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking.

Zou het formele geldigheidsvereiste dat van erflater een (hoogst)persoonlijk gemaakte uiterste wilsbeschikking verlangt (art. 4:42 lid 3 BW), meebrengen dat er ten aanzien van de inhoud van een uiterste wilsbeschikking niets door een ander dan erflater kan worden bepaald en daarmee wilsdelegatie uitsluiten? Deze vraag kwam aan bod in paragraaf 3.5.3. Anders dan Breemhaar<sup>228</sup> ben ik van mening dat het persoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking niet tot een strikt bepaaldheidsvereiste leidt. Dit omdat, zoals zojuist gezegd, het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking enkel verlangt dat erflater zijn uiterste wilsbeschikking persoonlijk *maakt*. Het zegt daarmee niets over de (on)mogelijkheid om in de uiterste wil (hoogst)persoonlijk gemaakte delegatiebevoegdheden ten aanzien van de inhoud van een uiterste wilsbeschikking te verlenen. Voor deze vraag zullen de vereisten ten aanzien van de *inhoud* van iedere (te onderscheiden) soort uiterste wilsbeschikking doorslaggevend zijn. Wilsdelegatie bij uiterste wil is immers slechts mogelijk indien de wilsbeschikking door het verlenen van de delegatiebevoegdheid niet het karakter van uiterste wilsbeschikking verliest (vgl. art. 4:42 lid 1 BW).<sup>229</sup>

#### 4.6.4.3. Tussenconclusie

De algemene vormvoorschriften, die voor iedere uiterste wilsbeschikking gelden, verlangen mijns inziens *niet* dat erflater de inhoud van zijn uiterste wilsbeschikking steeds in volledigheid bepaalt. Het formele geldigheidsvereiste van art. 4:42 lid 3 BW verlangt immers enkel dat erflater zijn uiterste wilsbeschikking persoonlijk *maakt*, en zegt daarmee niets over de mogelijkheid om, binnen het gesloten stelsel passende, (hoogst)persoonlijk gemaakte delegatiebevoegdheden te verlenen. De vormvoorschriften van afdeling 4.4.4 BW verlangen voorts dat erflaters wil niet uit een buiten de uiterste wil gelegen instructie of geschrift blijkt. Hiervan is geen sprake indien erflater *in zijn uiterste wil* de opdracht aan een derde geeft om zijn wil na zijn overlijden nader te concretiseren. Deze concretisering dient dan overigens wel passend te zijn binnen het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen. Dat de wil van de derde dan niet aan de vormvoorschriften voldoet, is voor de geldigheid van erflaters wilsbeschikking irrelevant. De wil van de derde *is* immers niet erflaters wil en is niet aan de vormvoorschriften gebonden.

Voor de vraag welke mate van bepaaldheid vereist is voor de uiterste wilsbeschikking (en daarmee voor de vraag in hoeverre wilsdelegatie ten aanzien van de inhoud van de

228. Breemhaar 1992, nr. 72.

229. De wilsdelegatie moet voorts passend zijn binnen het gesloten stelsel. Zie hiervoor mijn opmerkingen in paragraaf 2.2.3 'Passend binnen het gesloten stelsel'.



uiterste wilsbeschikking mogelijk is), dient mijns inziens dan ook *niet* gekeken te worden naar de algemene vormvoorschriften, maar naar de vereisten ten aanzien van de inhoud van iedere soort uiterste wilsbeschikking (art. 4:42 lid 1 BW) en daarmee naar hun materiële aard.<sup>230</sup> In paragraaf 4.6.3 betoogde ik evenwel dat een groot aantal te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen in essentie een vormvereiste inhoudt en geen materiële aard in erfrechtelijke zin kent. Dit is evenwel anders voor de erfstelling, het legaat en de testamentaire last. Alsmede voor de executeursbenoeming en het instellen van testamentair bewind, vanwege hun uitgebreide regeling in afdeling 4.5.6 BW resp. afdeling 4.5.7 BW.<sup>231</sup> In het navolgende hoofdstuk staan deze uiterste wilsbeschikkingen dan ook centraal. Welke vereisten ten aanzien van de inhoud gelden er voor hen, tot welke mate van bepaaldheid leiden deze vereisten en kan er vervolgens ten aanzien van hun inhoud worden gedelegeerd?

230. Zie ook paragraaf 3.5.3 'Hoogstpersoonlijk karakter en bepaaldheidsvereiste'.

231. Zie voor de overige beschikkingen die geregeld zijn in Boek 4 BW, mijn opmerking in noot 219 van dit hoofdstuk.



# Materiële aard van te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen

*What signifies knowing the names, if you know not the nature of things.*

*(Benjamin Franklin)*

## 5.1. Inleidend

In dit hoofdstuk ga ik nader in op de vereisten die de wet stelt ten aanzien van de inhoud van de erfstelling (paragraaf 5.2), het legaat (paragraaf 5.3), de testamentaire last (paragraaf 5.4), de executeursbenoeming (paragraaf 5.5) alsmede het testamentair bewind (paragraaf 5.6).<sup>1</sup> Aan de hand hiervan zal zichtbaar worden welke mate van bepaaldheid voor de inhoud van deze uiterste wilsbeschikkingen is vereist. Ik concentreer me hierbij overigens met name op de wettelijke bepalingen die betrekking hebben op het onderwerp van bovengenoemde uiterste wilsbeschikkingen. Het bepaaldheidsvereiste, zoals aan bod kwam in hoofdstuk 4, verlangt immers van iedere soort rechtshandeling een *bepaald onderwerp*.

Als onderwerp van de erfstelling merk ik de erfgenamen en de erfdelen aan (art. 4:115 BW). Onderwerp van het legaat zijn mijns inziens de legatarissen en de inhoud van het vorderingsrecht (art. 4:117 BW). De testamentaire last kent als onderwerp de verplichting die in het leven wordt geroepen (art. 4:130 BW). Deze verplichting kan ook een verkrijging bewerkstelligen. Ik besteed bij de behandeling van de testamentaire last daarom eveneens aandacht aan de vraag of de personen die op grond van een testamentaire last iets verkrijgen en hetgeen wat wordt verkregen door een ander dan erflater kunnen worden bepaald. Het onderwerp van een executeursbenoeming is de persoon die als executeur optreedt (art. 4:142 lid 1 BW). Ten aanzien van de executeursbenoeming ga ik ook zijdelings op de vraag in, in hoeverre de taken en bevoegdheden na erfslaters overlijden door andermans subjectief oordeel kunnen worden ingekleurd. Tot slot komt het testamentaire bewind aan bod. Het testamentaire bewind kent als onderwerp de goederen waarop het bewind rust (art. 4:153 lid 1 BW). Hierbij heb ik eveneens aandacht voor de persoon van de bewindvoerder en diens taken en bevoegdheden. Kan een ander dan erflater bepalen wie de bewindvoerder is en wat diens taken en bevoegdheden inhouden?

1. Het oprichten van een stichting, het benoemen van een voogd, het herroepen van giften bij dode, de ontzegging van het wettelijk vruchtgenot, het maken van een testamentaire uitsluitingsclausule, etc. kennen slechts een *formele* erfrechtelijke aard. Zie paragraaf 4.6.3 'Vorm of inhoud'.

De vereiste mate van bepaaldheid die geldt voor de te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen geeft vervolgens aan in hoeverre er ten aanzien van de *inhoud* kan worden gedelegeerd.

## 5.2. Erfstelling

### 5.2.1. Inleidend

De belangrijkste erfrechtelijke verkrijging is de erfstelling, die in art. 4:115 BW als volgt wordt omschreven:

*'Een erfstelling is een uiterste wilsbeschikking, krachtens welke de erflater aan een of meer daarbij aangewezen personen zijn gehele nalatenschap of een aandeel daarin nalaat (curs. NB).'<sup>2</sup>*

Uit deze omschrijving wordt duidelijk dat de erfstelling niet alleen goederen, maar ook schulden omvat. Erflater laat namelijk zijn gehele nalatenschap of een aandeel daarin na.<sup>3</sup>

De erfstelling onderscheidt zich van de andere uiterste wilsbeschikkingen doordat zij betrekking heeft op de nalatenschap als vermogensseenheid en het geheel van goederen én schulden of een aandeel daarin betreft.<sup>4</sup> Met een erfstelling (of een onterving) kan erflater afwijken van de erfopvolging bij versterf en een eigen gewenste erfopvolging bewerkstelligen. De erfopvolging krachtens erfstelling brengt, net zoals de erfopvolging krachtens versterferfrecht, een opvolging onder algemene titel teweeg (art. 3:80 lid 2 BW).<sup>5</sup>

In de navolgende paragrafen zal ik aan de hand van art. 4:115 BW, waarin de materiële aard van de erfstelling besloten ligt, onderzoeken in hoeverre het mogelijk is om te delegeren ten aanzien van de erfgenamen en de erfdelen.<sup>6</sup> Kan een derde bepalen wie als erfgenamen optreden (paragraaf 5.2.2) en wat de omvang van de erfdelen is (paragraaf 5.2.3)?

2. Met een erfstelling kan worden afgeweken van het versterferfrecht (art. 4:1 BW).

3. De term 'verkrijging' dient dan ook niet steeds als iets positiefs te worden opgevat. Het kan namelijk zo zijn dat een erfgenaam enkel schulden verkrijgt, omdat erflater alle goederen in de nalatenschap aan andere personen heeft gelegateerd. Uiteraard kan een erfgenaam zo'n nalatenschap met enkel schulden verwerpen (art. 4:190 BW).

4. Zie ook *Kamerstukken II* 1959/60, 3771, 5, p. 9 (VV II), *Parl. Gesch. Vast.* p. 715.

5. Over rechtsofvolging onder algemene titel: Verstappen 1996.

6. Gemakshalve spreek ik hierna van de erfgenamen en erfdelen, daar waar ook het enkelvoud, namelijk de erfgenaam en de gehele nalatenschap, kan worden gelezen.

## 5.2.2. Het subject van de erfstelling: delegatie ten aanzien van de erfgenamen

### 5.2.2.1. 'Daarbij aangewezen' en de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid

In art. 4:115 BW wordt de erfstelling gedefinieerd. Art. 4:115 BW is de facto gelijk aan art. 4:1001 oud BW, waarin de erfstelling werd omschreven als een uiterste wilsbeschikking, waarbij de erflater aan een of meer personen de goederen geeft, welke hij bij zijn overlijden zal nalaten, hetzij in het geheel, hetzij voor een gedeelte, zoals de helft, een derde etc. Meijers had met zijn wetsontwerp ook geen afwijking van art. 4:1001 oud BW voor ogen, getuige zijn omschrijving van de erfstelling en de toelichting daarop:

'Een erfstelling is een uiterste wilsbeschikking, krachtens<sup>7</sup> welke de erflater aan een of meer personen zijn ganse nalatenschap of een aandeel daarin nalaat.'<sup>8</sup>

In het gewijzigd ontwerp zijn evenwel de woorden 'een of meer personen' verduidelijkt met de woorden 'een of meer *daarbij aangewezen* personen'.<sup>9</sup> Dat heeft met name te maken met de *eis van de onmiddellijke identificeerbaarheid* van testamentaire erfgenamen op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt:<sup>10</sup>

'Met de Commissie acht de ondergetekende het gewenst in de definitie van het legaat de term "een of meer personen" te preciseren.<sup>11</sup> Tot uitdrukking worde gebracht dat de erflater het recht toekent aan een of meer in zijn uiterste wil aangewezen personen. Deze precisering is eveneens op haar plaats in de definitie van erfstelling. Zij stelt ook de juiste aansluiting bij de regel van artikel 4.3.2.2 lid 1 in het licht. Volgens die regel moet men, om aan een uiterste wilsbeschikking een recht te kunnen ontfangen, bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt. Hierbij sluit zich aan dat de identiteit van een ingestelde erfgenaam, althans van een als zodanig eerstgeroepene, *volledig moet kunnen worden bepaald aan de hand van de uiterste wil* en de op het ogenblik van het overlijden van de erflater bestaande omstandigheden (...)

De term "een of meer daarbij aangewezen personen" die het gewijzigd ontwerp in de definities van erfstelling en legaat<sup>12</sup> bezigt, brengt voorts niet alleen tot uitdrukking dat de personen *door de erflater zelf moeten zijn aangewezen en dus niet door een ander, noch*, buiten de bijzondere gevallen van

7. De term 'krachtens' heeft een zwaardere lading dan bijvoorbeeld de term 'waarin' (vgl. art. 4:117 BW voor het legaat). In het *Rapport Commissie Erfrecht I*, p. 64 en *Rapport Commissie Erfrecht II*, p. 171 wordt aangegeven dat de Commissie van oordeel is dat de woorden 'krachtens welke' beter vervangen kunnen worden door 'waarbij'. Met de term 'krachtens welke' wordt namelijk meer het gevolg van de erfstelling omschreven dan de erfstelling zelf.
8. Zie *Kamerstukken II 1954/55*, 3771, 2, p. 8 (RO), *Parl. Gesch. Vast.* p. 739 en *TM*, p. 342: 'Deze artikelen brengen niets nieuws. Men vergelijkte artikel 1001 en 1002 BW'.
9. *Kamerstukken II 1962/63*, 3771, 7, p. 19 (GO), *Parl. Gesch. Vast.* p. 739. Vgl. ook art. 661 Wetboek Lodewijk Napoleon ingericht voor het Koninkrijk Holland, waarin wordt bepaald dat 'De erfgenaam moet in het testament zelve genoemd worden, zonder dat men te dien opzichte mag verwijzen tot enig ander geschrift, *veel min de benoeming aan de verkiezing van een' ander' overlaten* (curs. NB).' Vgl. de woorden 'daarbij aangewezen' ook met Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 117: 'Een levering zonder een *daarbij aangewezen* object is slechts een loze handeling' (zie ook paragraaf 4.4.2.1 'Voldoende bepaaldheid bij levering').
10. Naast de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid, zien de woorden 'daarbij aangewezen' ook op de bestaans-eis (art. 4:56 lid 1 BW) en de vormvoorschriften die gelden voor uiterste wilsbeschikkingen. Zie ook F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 145; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 152.
11. De term 'daarbij aangewezen' is evenwel in de definitieve tekst van art. 4:117 BW geschrapt. Zie hierna paragraaf 5.3.2.3 'Geschrapte eis van onmiddellijke identificeerbaarheid'.
12. Zie mijn opmerking in noot 11 van dit hoofdstuk.

artikel 4.3.2.2 leden 2-4, *door omstandigheden intredende na zijn dood kunnen worden bepaald*, maar ook dat niet voldoende is een verwijzing bij uiterste wil naar een aanwijzing die de erflater voor of nadien mondeling of in een niet aan de vormvereisten voldoende schriftuur heeft gedaan (curs. NB).<sup>13</sup>

Uit het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid wordt duidelijk dat er voor het benoemen van de *erfgenamen* een strikt bepaaldheidsvereiste geldt, dat geen ruimte laat voor andermans subjectieve elementen (vgl. het goederenrechtelijke bepaaldheidsvereiste in paragraaf 4.4). De erfgenamen kunnen slechts door erflater zelf worden aangewezen.<sup>14</sup> Zij moeten immers op het moment dat de nalatenschap openvaalt *onmiddellijk* identificeerbaar zijn en kunnen zodoende niet 'achteraf' door omstandigheden die intreden na erflaters dood noch door de wil van een ander worden bepaald.

F. Schols merkt dan ook terecht op dat de woorden 'daarbij aangewezen' een beperking in de delegatiebevoegdheid van erflater kunnen inhouden.<sup>15</sup> Het betreft hier dan een beperking met betrekking tot delegatie ten aanzien van de erfgenamen. De woorden 'daarbij aangewezen' en het hierin gelegen vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid zien immers op 'personen'. Het gaat om 'daarbij aangewezen personen'. Of de erfden bij het opvallen van de nalatenschap ook onmiddellijk kenbaar dienen te zijn, behandel ik in paragraaf 5.2.4.

Indien de identiteit van de erfgenamen *onmiddellijk*, dat wil zeggen volledig aan de hand van de uiterste wil en de op het ogenblik van het overlijden van de erflater bestaande omstandigheden,<sup>16</sup> moet kunnen worden vastgesteld, is er geen ruimte om een derde te laten bepalen wie de erfgenamen zijn. Een testamentair erfgenaam kan alleen door de erflater zelf in zijn uiterste wil worden bepaald en niet door anderen.<sup>17</sup> De woorden 'daarbij aangewezen' houden dus anders gezegd een verbod in om te delegeren ten aanzien van de erfgenamen.

13. *Kamerstukken II* 1962/63, 3771, 6, p. 78 (MvA II), *Parl. Gesch. Vast.* p. 717.

14. Vgl. ook Rookmaker 2003b, p. 19 en Van Mourik 2009, p. 481.

15. F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 117-118.

16. Nader onderzoek kan overigens wel mogelijk zijn. Vgl. *Kamerstukken II* 1964/65, 3771, 8, p. 50-51 (MO), *Parl. Gesch. Vast.* p. 743 met betrekking tot het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid en het legaat (hierover ook paragraaf 5.3.2.2 en 5.3.2.3): 'Overigens is het niet nodig, dat de identiteit uitsluitend uit het testament moet kunnen blijken; het kan noodzakelijk zijn, andere gegevens dan het testament alleen te raadplegen. In de casus van 'de plaatselijke pastoor' zal men elders zijn licht moeten opsteken ten einde tot identificatie te geraken. Als de bevoordeelde, bij voorbeeld, een kleinzoon is, in een ander werelddeel woonachtig, behoeven zijn personalia niet op de dag van het ontstaan van het vorderingsrecht reeds bekend te zijn. Wellicht is daartoe enig onderzoek nodig. Maar de noodzaak van enig onderzoek is een andere zaak dan dat nog *bepaalde voorwaarden* moeten zijn vervuld, voordat de bevoordeelde uit een bepaalde groep van personen, die als 'kanshebbers' mogen worden aangemerkt, naar voren optreedt (curs. NB).'

17. Anders Asser/Perrick 2013 (4), nr. 148: 'De erflater kan tot zijn erfgenaam benoemen de leerling van een bepaalde school met het *naar het oordeel van de directeur beste eindexamen* in het jaar, volgende op dat van het overlijden (curs. NB).' En Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 221: 'De delegatie is niet beperkt tot de aanwijzing van legatarissen of lastbevoordeelden, maar kan ook erfstellingen omvatten. Bijvoorbeeld: erfgenaam van één/zesde gedeelte van mijn nalatenschap zal zijn degen, die *naar het oordeel van één of meer bepaalde personen of instanties* in het jaar van mijn overlijden de geestigste scriptie over een erfrechtelijk onderwerp heeft geschreven (curs. NB).'

Breemhaar vindt dat de woorden 'daarbij aangewezen' niet thuishoren in de definitie van de erfstelling.<sup>18</sup> Het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid van de testamentaire erfgenamen is zijns inziens geen element van de erfstelling, maar een *geldigheidsvereiste* daarvan. Het maakt voor de vereiste mate van bepaaldheid ten aanzien van de erfstelling evenwel geen verschil of het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid van de testamentaire erfgenamen geldt als element van de definitie of als *geldigheidsvereiste* van de erfstelling. Beide opvattingen leiden tot een strikt bepaaldheidsvereiste waardoor voor wilsdelegatie ten aanzien van het vaststellen van de erfgenamen geen plek is.

In eerste instantie lijkt het dan ook overbodig om de redenering achter Breemhaars standpunt weer te geven. Toch haal ik haar aan. Zij kan namelijk van belang zijn voor de uitleg van het bepaaldheidsvereiste ten aanzien van de zogenoemde tweetrapserfstelling (vgl. art. 4:56 leden 2-4 en art. 4:137-141 BW; het betreft hier in feite een rechtshandeling *onder voorwaarde*) en ten aanzien van de nog te behandelen testamentaire last (art. 4:130 BW, zie subparagraaf 5.4).

'Het vereiste [van onmiddellijke identificeerbaarheid, toev. NB] sluit aan bij de bepaling van art. 4.3.2.2 lid 1 eerste zin (O.I.), dat de benoemde erfgenaam op het ogenblik van het overlijden van de erflater moet bestaan. Art. 4.3.2.2 leden 2, 3, en 4 (O.I.) bevat ten aanzien van het fideicommiss enkele uitzonderingen op de bepaling van art. 4.3.2.2 lid 1 eerste zin (O.I.). *Ten aanzien van die uitzonderingen moet het vereiste van de onmiddellijke identificeerbaarheid dan ook uitzondering lijden*. Het vereiste is daarom mijns inziens ook niet op te vatten als een element van het begrip erfstelling, maar als een *geldigheidsvereiste* dat de wet in het algemeen met betrekking tot de erfstelling stelt.'<sup>19</sup>

Dat voor de beschikkingen waarvoor de bestaanseis niet geldt, zoals de testamentaire last, ook geen vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid geldt, komt mij logisch voor. Bestaat men nog niet op het moment dat de nalatenschap openvalt, dan *kan* men ook niet *onmiddellijk* geïdentificeerd worden. *Hoef*t men zodoende nog niet te bestaan op het moment dat de nalatenschap openvalt, dan *hoeft* men op dat moment ook niet onmiddellijk identificeerbaar te zijn.

Zou op grond van deze gedachte kunnen worden gesteld dat voor de beschikkingen waarvoor de bestaanseis niet geldt, en bijgevolg ook de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid niet, ook geen *strikt* bepaaldheidsvereiste hoeft te worden gehanteerd ten aanzien van het subject van de verkrijging? En zou er dan ten aanzien van dit subject ruimte zijn om te delegeren? Met betrekking tot de testamentaire last kom ik hierop terug in paragraaf 5.4. Op de tweetrapserfstelling ga ik hierna kort in. De tweetrapserfstelling betreft een erfstelling onder een ontbindende voorwaarde en een daarbij aansluitende erfstelling onder opschortende voorwaarde, volgens welke het vermaakte of het onverteerde deel daarvan op het tijdstip van overlijden van de bezwaarde of op een eerder tijdstip zal ten deel vallen aan de verwachter, indien deze het aangewezen tijdstip overleeft (vgl. art. 4:141 BW).<sup>20</sup>

18. Breemhaar 1992, nr. 126 en 127.

19. Breemhaar 1992, nr. 127.

20. Zie ook paragraaf 6.5.3 'Tweetrapsmaking', waarin ik nader inga op de tweetrapsmaking.

## 5.2.2.2. Vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid en art. 4:56 leden 2-4 BW

De tweetrapsersfstelling is, zoals de naam aangeeft, een *erfstelling*. Voor haar geldt zodoende eveneens het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid. Deze eis sluit, zoals we in paragraaf 5.2.2.1 zagen, aan bij de *bestaanseis*. In beginsel dient men om aan een erfstelling een recht te kunnen ontleen, te bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt (art. 4:56 lid 1 BW). Om aan een erfstelling onder opschortende voorwaarde een recht te kunnen ontleen, moet men bovendien bestaan op het ogenblik dat de voorwaarde wordt vervuld, tenzij uit de uiterste wil of de aard van de beschikking het tegendeel voortvloeit (art. 4:137 BW). Art. 4:56 leden 2-4 BW kent, zoals ook Breemhaar<sup>21</sup> aangeeft, evenwel uitzonderingen op de bestaanseis ten aanzien van de tweetrapsersfstelling.<sup>22</sup> Geldt voor deze uitzonderingen nu ook het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid niet? Met het besef dat de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid aansluit bij de bestaanseis en het gegeven dat de bestaanseis niet geldt voor de in art. 4:56 leden 2-4 BW genoemde groep bloedverwanten, kan zoals Breemhaar mijns inziens terecht opmerkt, worden gesteld dat voor deze groep van personen het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid ook uitzondering moet lijden.<sup>23</sup> Immers: betaamt men nog niet op het moment dat de nalatenschap openvalt, dan kan men ook niet *onmiddellijk* – in de zin van volledig aan de hand van de uiterste wil en de op het ogenblik van het overlijden van de erflater bestaande omstandigheden – worden geïdentificeerd. Hoeft men nog niet te bestaan op het moment dat de nalatenschap openvalt, dan hoeft men op dat moment ook niet *onmiddellijk* identificeerbaar te zijn. Biedt dit evenwel ook ruimte voor wilsdelegatie? Ten aanzien van deze vraag zouden twee opvattingen kunnen worden verdedigd, die ik hierna schets.

1. Men kan betogen dat de uitzonderingen op de bestaanseis van art. 4:56 leden 2-4 BW weliswaar mee kunnen brengen dat de identiteit van deze groep van bloedverwanten op het moment van erflaters overlijden niet *onmiddellijk*, in de zin van op het moment van erflaters overlijden bestaande omstandigheden, hoeft vast te staan, maar dat dit toch niet betekent dat een ander deze identiteit nader kan bepalen. Ofwel: de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid geldt toch ook in enig opzicht voor de uitzonderingen op de bestaanseis van art. 4:56 leden 2-4 BW. Namelijk in het opzicht dat de identiteit van de in art. 4:56 leden 2-4 BW genoemde groep van bloedverwanten wél volledig moet kunnen worden bepaald (weliswaar na erflaters overlijden) aan de hand van de uiterste wil en zodoende door de erflater moet zijn bepaald (en niet tevens door anderen). Dit omdat er ook ten aanzien van de uitzonderingen van art. 4:56 leden 2-4 BW sprake blijft van een *erfstelling*. En voor de erfstelling gelden de woorden '*daarbij aangewezen*' (art. 4:115 BW). Een gedachte hierbij zou dan kunnen

21. Breemhaar 1992, nr. 127.

22. Zie voor deze uitzonderingen Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 250 e.v.; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 297-298; Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 277 e.v.; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 224 e.v. Art. 4:56 leden 2-4 BW hebben overigens enkel betrekking op één overgang ofwel op één 'trap'. Een erflater die een drietraps- of viertrapsmaking instelt, kan voor deze derde of vierde overgang dus niet terugvallen op de uitzonderingen van art. 4:56 leden 2-4 BW. *Kamerstukken II* 1962/63, 3771, 6, p. 35 (MvA II), *Parl. Gesch. Vast.* p. 323.

23. Breemhaar 1992, nr. 127.



zijn dat met behulp van art. 4:56 leden 2-4 BW niet indirect moet kunnen worden bewerkstelligd, wat art. 4:115 BW juist verbiedt. Zo is het op grond van art. 4:115 BW niet mogelijk om een erfstelling te maken waarbij de erflater tot erfgenaam benoemt: 'diegene van mijn neefjes (de afstammelingen van mijn broer) die X – gelet op hun behoefte – aanwijst'. Zou het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid niet gelden voor art. 4:56 leden 2-4 BW dan zou de erflater, die een dergelijke erfstelling wel wil maken, het volgende kunnen bepalen: 'Ik benoem tot mijn bezwaarde mijn broer Jan. Het bezwaar eindigt zes maanden na mijn overlijden. Tot verwachters benoem ik de afstammelingen van Jan, die X op het moment dat het bezwaar eindigt – gelet op hun behoefte – aanwijst.' Op deze manier kan het bepaalde in art. 4:115 BW worden ontgaan. Maar kiest de wetgever hier niet indirect voor door de uitzonderingen van art. 4:56 leden 2-4 BW, met betrekking tot een bepaalde groep van bloedverwanten, in de wet op te nemen?

2. Men zou kunnen betogen dat de wetgever met de uitzonderingen op de bestaansis van art. 4:56 leden 2-4 BW impliciet ook een uitzondering maakt op het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid als bedoeld in art. 4:115 BW en het daarmee mogelijk maakt dat een ander dan de erflater – binnen de kaders van art. 4:56 leden 2-4 BW – de erfgenaam/verwachter aanwijst. In het oog springt immers dat de in art. 4:56 leden 2-4 BW genoemde uitzonderingen op de bestaansis betrekking hebben op een (in hoedanigheid) afgebakende groep van personen, namelijk bepaalde bloedverwanten.<sup>24</sup> Vergelijk hiermee de uitspraak van het *Reichsgericht* (paragraaf 3.3.5.1), waarin het erflater werd toegestaan om het aan haar nicht over te laten om tot erfgenaam aan te wijzen *degene van haar zoons* die zij het meest geschikt vond om het landgoed 'zu bewirtschaften und in sozialem Geiste zu wirken'.<sup>25</sup> Het betrof hier eveneens een afgebakende groep van potentiële erfgenamen.<sup>26</sup> Wellicht dat een dergelijke afgebakende groep voor voldoende bepaaldheid kan zorgen? Men zou namelijk kunnen betogen dat de tweetraps erfstelling een bijzondere erfstelling is met een eigen aard, het betreft immers een erfstelling onder voorwaarde, en met een eigen bepaaldheidsvereiste voor de in art. 4:56 leden 2-4 BW genoemde personen. Het *voorwaardelijke karakter* brengt mee dat erflaters (primaire) rechtsopvolger(s) – de bezwaarde(n) – bij het openvallen van de nalatenschap steeds bepaald zal (zullen) zijn.

24. Vgl. in dit kader ook Klein 2004c, onder paragraaf 5. Hij wijst erop dat diegenen die menen dat delegatie van uiterste wil is toegelaten, in de meerderheid van mening zijn dat de erflater dan wel zelf het kader moet aangeven van de bestemming van een verkrijging dan wel de invulling binnen dat kader mag overlaten aan een ander die de nadere invulling mag verzorgen. En noemt als voorbeeld eveneens een *in hoedanigheid afgebakende groep van erfgenamen*, te weten 'mijn naaste familie' en 'mijn naaste bloedverwanten'. Hierbij wijst hij evenwel niet expliciet op de *bestaansis*, die, vanwege het daarin gelegen vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid, essentieel is om te beoordelen in hoeverre de wilsdelegatie ten aanzien van het bepalen van erfgenamen is toegestaan (zie ook subparagraaf 5.2.2.1). Naar mijn mening is wilsdelegatie ten aanzien van het bepalen van de verwachters bij een tweetraps erfstelling enkel mogelijk met betrekking tot de in art. 4:56 leden 2-4 BW uitgezonderde personen.

25. RG 6 februari 1939, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Volume 159, S. 299.

26. Zie ook paragraaf 3.2 met betrekking tot de voorgeschiedenis van § 2065 BGB, waarin naar voren kwam dat *Drittbestimmung* niet steeds verboden was wanneer de delegatiebevoegdheid betrekking had op een afgebakende groep van personen.

Voor rechtsonzekerheid met betrekking tot de onmiddellijke opvolging na erflaters overlijden hoeft dan ook niet te worden gevreesd.<sup>27</sup>

Omdat de in art. 4:56 leden 2-4 BW bedoelde personen op het moment dat de nalatenschap openvalt niet hoeven te bestaan, hoeven zij op dat moment evenmin onmiddellijk identificeerbaar te zijn en hoeven zij zodoende ook niet door erflater volledig te zijn bepaald. Hetgeen tevens ruimte kan bieden om de uiteindelijke verwachters door een ander te laten bepalen. Bijvoorbeeld de bezwaarde erfgenaam X of een derde Y. Op grond van het bepaalde in art. 4:56 leden 2-4 BW zou de erflater dan een tweetrapserfstelling kunnen maken met als verwachters: 'De afstammelingen van mijn broer, die naar het oordeel van X of Y daarvoor, gelet op hun behoeftigheid, het meest in aanmerking komen'.

Op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat en het bezwaar eindigt, geldt de *bestaanseis* overigens weer wel (art. 4:137 BW). Men zou zo bezien mijns inziens dan ook moeten verdedigen dat, omdat het een erfstelling betreft en een onmiddellijke overgang (art. 4:115 BW), op dat moment ook weer een eis van onmiddellijke identificeerbaarheid geldt.<sup>28</sup> Dat betekent dat de bezwaarde X of derde Y niet een persoon tot verwachter kan roepen na het moment waarop de voorwaarde in vervulling gaat, doch enkel tot dat moment. En dat zij voorts niet tot verwachter kunnen roepen, 'de persoon die binnen nu en twee jaar de Nobelprijs voor de vrede wint'. De voorwaarde dient naar mijn mening dan ook zo door erflater te zijn verwoord dat deze mogelijkheden zijn uitgesloten.

Dat de uitzonderingen op de *bestaanseis* voor de personen als bedoeld in art. 4:56 leden 2-4 BW het mogelijk kunnen maken dat een ander dan erflater deze personen aanwijst, lijkt impliciet te worden bevestigd door de zinsnede 'of op een eerder tijdstip' in art. 4:56 leden 2-4 BW (zie ook art. 4:141 BW). De minister merkt in dit kader op dat:

'Van de regeringszijde werd erop gewezen, dat zowel in het tweede als in het derde lid [van art. 4:56 BW, toev. NB] de woorden voorkomen "of op een eerder tijdstip". De erflater kan dit eerdere tijdstip zelf nader fixeren. Er is echter geen enkel bezwaar tegen – en de tekst van het ontwerp gedooft dat ook ruimschoots –, dat de erflater de fixering van dat eerdere tijdstip overlaat aan de bezwaarde. De erflater zal deze bevoegdheid uiteraard uitdrukkelijk aan de bezwaarde moeten hebben toegekend. Wie zouden nadeel hebben van de omstandigheid dat de bezwaarde gebruik maakt van zijn bevoegdheid, het tijdstip van de overgang te vervroegen? Het is duidelijk, dat dit alleen kan gelden voor verwachters, die nog niet geboren zijn op het vervroegde tijdstip. Het is niet aannemelijk, dat een bezwaarde, die door vervroeging van het tijdstip van overgang in de eerste plaats zich zelf nadeel toebrengt, tot die vervroeging zal overgaan uit zucht om verwachters, die nog geboren moeten worden, nadeel te berokkenen. Er lijkt daarom geen bezwaar tegen te bestaan, dat een erflater aan een bezwaarde de bevoegdheid tot vervroeging van het overgangstijdstip toekent (curs. NB).'<sup>29</sup>

Indien erflater in zijn uiterste wil de bevoegdheid aan de bezwaarde toekent om te bepalen op welk tijdstip het bezwaar zal eindigen, kan de bezwaarde hiermee de

27. Vergelijk hiermee ook § 2105 BGB (paragraaf 3.4.6) en de in paragraaf 1.3.4.2 genoemde 'voorwaarden-constructie'.

28. Vgl. evenwel het legaat (art. 4:117 BW) waarvoor de *bestaanseis* wel geldt, maar het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid evenwel niet. Hierover paragraaf 5.3.2.

29. *Kamerstukken II* 1964/65, 3771, 8, p. 23 (MO), *Parl. Gesch. Vast.* p. 325.

verwachters, al dan niet onbewust, (definitief) vaststellen. De bezwaarde kan door het vaststellen van het moment waarop de voorwaarde in vervulling gaat namelijk indirect ongeboren verwachters buiten spel zetten.<sup>30</sup>

Kort samengevat brengen de uitzonderingen in art. 4:56 leden 2-4 BW op de bestaanseis, strikt genomen, met zich dat voor deze uitzonderingen ook de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid niet geldt. Of dit ook betekent dat wilsdelegatie is toegestaan, is niet eenvoudig te zeggen. Er kunnen twee opvattingen worden verdedigd, die ik hiervoor heb geschetst. Indien men de opvatting aanhangt dat de tweetrapsersfstelling geen bijzondere aard kent en een gewone erfstelling is, dan dient men aansluiting te zoeken bij het bepaalde in art. 4:115 BW en wilsdelegatie niet toe te staan. Betoogt men evenwel dat in het *voorwaardelijke karakter* van de erfstelling een bijzondere aard gelegen is en dat hierbij een eigen bepaaldheidsvereiste past, dan zouden er binnen de kaders van art. 4:56 leden 2-4 BW wel mogelijkheden voor wilsdelegatie zijn. Wellicht dat een speurtocht naar de *rechtvaardiging* van de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid hierover meer opheldering kan geven.

De rechtvaardiging van de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid van testamentaire erfenamen vloeit voort uit het feit dat een erfstelling een verkrijging onder algemene titel inhoudt (hetgeen expliciet uit art. 3:80 lid 2 BW en impliciet uit art. 4:115 BW volgt).<sup>31</sup> Dat is zo bij de gewone erfstelling (art. 4:115 BW) evenals bij de tweetrapsersfstelling (art. 4:141 BW). Laatstgenoemde is immers niets anders dan een erfstelling, zij het een onder voorwaarde. Zo bezien lijkt, met betrekking tot de hierboven geschetste opvattingen, dan ook het pleit ten nadele van de tweede opvatting te worden beslecht. Maar *waarom* noodzaakt een verkrijging onder algemene titel tot een vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid?

In de onderstaande subparagraaf ga ik nader in op de rechtvaardiging van de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid. Het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid is immers van essentieel belang voor de mate van bepaaldheid ten aanzien van de erfstelling. Het vereiste brengt mee dat de erflater zijn erfenamen *zelf* moet bepalen en dit niet aan een ander kan overlaten. Met dit gegeven kan art. 4:115 BW overigens, mijns inziens, worden beschouwd als de Nederlandse variant van § 2065 II BGB. Zoals we in paragraaf 3.3.4 zagen, geldt het verbod van § 2065 II BGB namelijk in feite enkel onverzwakt voor de erfstelling. Ten aanzien van het legaat en de last (evenals ten aanzien van de tenuitvoerlegging van de uiterste wil en de verdeling van de nalatenschap) zijn namelijk wettelijke uitzonderingen op § 2065 II BGB gemaakt.<sup>32</sup>

30. Zie ook Stollenwerck 2007, p. 11 en Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 282-283. Heeft erflater overigens in zijn uiterste wil aan de bezwaarde bovendien een vervreemdings- en verteringsbevoegdheid toegekend, de zogenoemde *fidel-commis de residuo* (hierover ook Stollenwerck 1986) dan kan de bezwaarde met zijn bevoegdheid om te bepalen op welk tijdstip het bezwaar zal eindigen, eveneens de omvang van de verkrijging van de verwachter beïnvloeden. Indien het bezwaar eindigt bij overlijden van de bezwaarde, zal de bezwaarde namelijk veelal meer hebben verteerd, dan dat het bezwaar op een vroeger tijdstip eindigt. Op het toekennen van een vervreemdings- en verteringsbevoegdheid bij een tweetrapsmaking kom ik nog terug in paragraaf 6.5.3.2.

31. *Kamerstukken I* 1968/69, 3771, 133, p. 34 (MvA I), *Parl. Gesch. Vast.* p. 726. Impliciet blijkt zij uit de woorden 'zijn gehele nalatenschap of een aandeel daarin'.

32. Zie over § 2065 BGB uitgebreid paragraaf 3.3 'Inhoud § 2065 BGB'.

## 5.2.2.3. Rechtvaardiging van de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid

De erfstelling brengt, zoals in paragraaf 5.2.1 naar voren kwam, een opvolging onder algemene titel teweeg. De aangewezen erfgenamen volgen de erflater in zijn rechten en verplichtingen van rechtswege, ofwel *onmiddellijk*, op.<sup>33</sup> In tegenstelling tot bijvoorbeeld het legaat (op grond waarvan men onder bijzondere titel verkrijgt) is een leverings- of vestigingshandeling niet vereist.

Waarom vloeit uit dit principe van onmiddellijke opvolging voort dat de erfgenamen onmiddellijk, te weten volledig aan de hand van de uiterste wil en de op het ogenblik van het overlijden van de erflater bestaande omstandigheden, moeten kunnen worden geïdentificeerd?

Als rechtvaardiging voor het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid van de testamentaire erfgenamen wordt gewezen op de *rechtszekerheid*:<sup>34</sup>

'Met het oog op de belangen van derden en de vereffening van de nalatenschap is het gewenst, dat niet onzeker is de identiteit van de erfgenaam. Daarom kan men billijken, dat de wetgever de testeervrijheid in zover inperkt, dat niet toegestaan is een erfgenaam te benoemen, wiens identiteit enige tijd in het onzekere blijft.'<sup>35</sup>

Hierbij dient evenwel de kanttekening te worden gemaakt dat de vereffening van de nalatenschap, zoals geregeld in afdeling 4.6.3 BW, *schuldeisers* gewoonlijk een helpende hand toesteeft. In die zin dat schuldeisers voor de rechtsonzekerheid die ontstaat wanneer onduidelijk is wie erflaters rechtsopvolgers zijn, niet hoeven te vrezen.

De rol die de rechtszekerheid met betrekking tot de rechtvaardiging van de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid speelt, wordt ook benadrukt in het verslag van Rookmaker inzake de knelpunten rondom delegatie:<sup>36</sup>

'Als de erfgenamen niet bekend zouden zijn, maar door delegatie later zouden kunnen worden ingevuld, zou dit benadeling van schuldeisers kunnen opleveren volgens een van de inleiders. Helaas werd tijdens deze bijeenkomst niet verder ingevuld waar de benadeling van de schuldeisers uit zou

33. Let wel, indien de wettelijke verdeling werkt, volgen de betrokken kinderen niet onder algemene titel in de goederen van de nalatenschap op. De langstlevende echtgenoot verkrijgt deze goederen van rechtswege (art. 4:12 lid 2 BW). Vgl. ook art. 6:249 BW: 'De rechtsgevolgen van een overeenkomst gelden mede voor de rechtverkrijgenden onder algemene titel, tenzij uit de overeenkomst iets anders voortvloeit. In het geval van verdeling van een nalatenschap ingevolge artikel 13 van Boek 4 gelden de rechtsgevolgen van de overeenkomst niet mede voor de kinderen van de erflater, tenzij uit de overeenkomst anders voortvloeit.'

34. Vgl. ook paragraaf 4.4.2.6 'Ratio objectieve maatstaf: derdenwerking'. De objectieve maatstaf die geldt voor het bepaaldheidsvereiste in het goederenrecht dient de rechtszekerheid in het rechtsverkeer. Derden dienen duidelijk te weten welk goed tot wiens vermogen behoort.

35. *Rapport Commissie Erfrecht II*, p. 169. In aansluiting hierop *Kamerstukken I* 1967/68, 3771, 73, p. 45 (VV I), *Parl. Gesch. Vast.* p. 720: 'Het is immers van belang, dat men op het moment van overlijden weet op wie de rechten en verplichtingen van de erflater zijn overgegaan'.

36. Rookmaker 2003b. Het verslag betreft de afscheidsbijeenkomst van R.J.W. Meyer als voorzitter van de Vereniging van Estate Planners in het Notariaat (EPN) met als onderwerp: 'De grenzen van delegatie van erfrechtelijke bevoegdheden.' Zie in dit verband ook Rookmaker 2003a.

kunnen bestaan. Maar natuurlijk moet ter wille van de rechtszekerheid bekend zijn wie de rechtsopvolgers zijn (curs. NB).<sup>37</sup>

Het belang dat is gemoeid met een opvolging onder algemene titel, te weten de rechtszekerheid, pleit er dus voor dat erfgenamen onmiddellijke identificeerbaar zijn. Onmiddellijke opvolging vereist met andere woorden onmiddellijke identificeerbaarheid.<sup>38</sup>

#### 5.2.2.4. Zwevend vermogen

Ook Kleijn is van mening dat onmiddellijke opvolging en onmiddellijke identificeerbaarheid zij aan zij gaan. Het later aanwijzen van een erfgenaam door een derde (oftewel: wilsdelegatie) verdraagt zich zijns inziens niet met de aard van de erfstelling:

'Tegen delegatie in de benoeming van de persoon van de erfgenaam zijn ook theoretische bezwaren. Ten eerste verzet *het principe van de onmiddellijke opvolging* van de persoon van de erflater door zijn erfgenamen (B.W. 880, 1002, 1104) zich tegen een aanwijzing ná het overlijden. Want anders dan bij normale erfstelling onder opschortende voorwaarde of termijn is hier niet een erfstelling onder ontbindende voorwaarde voor de opvolging in de periode vóór de vervulling van de voorwaarde. Voordat aanwijzing is geschied, zou de toestand dan *zwevend* zijn, om nog maar te zwijgen van de moeilijkheden die dreigen als er in het geheel geen aanwijzing geschiedt (curs. NB).<sup>39</sup>

Een theoretisch bezwaar tegen het niet onmiddellijk kunnen identificeren van de erfgenamen kan volgens Kleijn dus liggen in het ontstaan van 'zwevend vermogen'. Iets dat voor het Nederlandse erfrecht nochtans een onbekend fenomeen is.<sup>40</sup> Indien testamentaire beschikkingen ontbreken of een gemaakte beschikking geen effect sorteert, geldt immers het ab intestaat-erfrecht (vgl. art. 4:1 lid 2 jo. 4:9, 4:10 en 4:189 BW). De rechtsopvolgers van erflater zijn dan ook altijd 'bekend' (daargelaten of zij ook traceerbaar zijn) en voor dit bezwaar van Kleijn hoeft mijns inziens dan ook niet te worden gevreesd.

De naar huidig recht op grond van art. 4:115 BW *nietige* erfstelling: 'Ik benoem tot mijn enig erfgenaam de student die in het jaar na mijn overlijden als eerste de master

37. Rookmaker 2003b, p. 19. Hierbij wil ik terzijde opmerken dat rechtsonzekerheid en benadeling van schuldeisers mijns inziens niet op gelijke voet staan.

38. Vgl. ook Zwolve 1983, p. 159, waar hij het Franse verbod van legaten met een keuzemogelijkheid behandelt en laat zien dat de rechtvaardiging hiervan gevonden wordt in de systematiek van het recht. Het Frans recht kent het legaat onder *algemene titel* (vgl. artt. 1003 jo. 1006 en art. 1010 Code civil). Vergelijk hiermee onze erfstelling. Wanneer erflater mag delegeren, is de eigendomstoestand van de gelegateerde zaak onduidelijk. Zwolve merkt hierbij overigens op dat Planiol-Ripert enige moeite hebben met de absolute nietigheid van dit legaat. Volgens hen is de nietigheid slechts zinvol, wanneer erflater de kring van personen tussen wie moet worden gekozen niet precies heeft aangegeven. Indien deze kring wel door erflater bepaald is, moet, huns inziens, een dergelijk legaat geldig geacht worden.

39. Kleijn 1969, p. 296. Kleijn schreef dit artikel in 1969 toen het oude erfrecht van kracht was en de definitie van de erfstelling de woorden 'daarbij aangewezen' niet omvatte (art. 4:1001 oud BW).

40. Fiscaal wordt dergelijk vermogen, dat vaak via buitenlandse rechtsfiguren waaronder de Anglo-Amerikaanse trust in ons land wordt geïntroduceerd, toegerekend aan de erfgenamen (vgl. art. 16, 17, 17a en 26a van de gewijzigde SW 1956).

notarieel recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen behaalt', wordt thans overigens geconverteerd in een legaat, wegens strijd met het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid.<sup>41</sup> Deze nietige erfstelling zou met het oog op het beginsel van testeevrijheid, de hierbij aansluitende gedachte dat zoveel mogelijk uitvoering dient te worden gegeven aan erflaters wil en het feit dat ons erfrecht 'zwevend vermogen' te allen tijde weert, mijns inziens evenwel beter opgevat kunnen worden als een *erfstelling onder opschortende voorwaarde*. En bij een dergelijke erfstelling onder opschortende voorwaarde hoort een erfstelling onder ontbindende voorwaarde (vgl. de eerder genoemde 'voorwaarden-constructie' in paragrafen 1.3.4.2 en paragraaf 3.4.6, waarin gewezen werd op § 2105 BGB). Voorzover erflater niet anders heeft bepaald zijn de versterferfgenamen erflaters (primaire) rechtsopvolgers en wel onder ontbindende voorwaarde. Van zwevend vermogen is zodoende geen sprake (vgl. art. 4:138 BW). Een soortgelijke bepaling geeft, zoals eerder aangestipt, § 2105 BGB:

- I. Hat der Erblasser angeordnet, dass der eingesetzte Erbe die Erbschaft erst mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses erhalten soll, ohne zu bestimmen, wer bis dahin Erbe sein soll, so sind die gesetzlichen Erben des Erblassers die Vorerben.
- II. Das Gleiche gilt, wenn die Persönlichkeit des Erben durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt werden soll oder wenn die Einsetzung einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht gezeugten Person oder einer zu dieser Zeit noch nicht entstandenen juristischen Person als Erbe nach § 2101 als Nacherbeinsetzung anzusehen ist (curs. NB).<sup>42</sup>

Met deze zogenoemde 'voorwaarden-constructie' hoeft voor *rechtsonzekerheid* niet te worden gevreesd. De *versterferfgenamen* zijn er steeds als 'vangnet'. Zij zijn reeds door de wetgever (aan de hand van hun hoedanigheid) bepaald.<sup>43</sup>

De rechtszekerheid, die mijns inziens als enige rechtvaardiging van het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid te gelden heeft, is met de 'voorwaarden-constructie' dan ook gewaarborgd. Vergelijk hiermee ook hetgeen ik in paragraaf 5.2.2.2 opmerkte met betrekking tot de uitzonderingen op de bestaanseis van art. 4:56 leden 2-4 BW en de idee dat de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid ten aanzien van deze uitzonderingen ook uitzondering moet lijden (opvatting 2). Met de garantie dat er altijd rechtsopvolgers zullen zijn (namelijk de versterferfgenamen), zouden de woorden 'daarbij aangewezen' van art. 4:115 BW en met name het hierin gelegen vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid, hun strekking kunnen verliezen.<sup>44</sup> Het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor het aanwijzen van de erfgenamen zou dan voorts

41. *Kamerstukken I* 1968/69, 3771, 133, p. 34 (MvA I), *Parl. Gesch. Vast.* p. 726 en F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 239.

42. Zie in dit kader ook Halding-Hoppenheit 2003, p. 89-94 en 217-218.

43. Vgl. F. Schols 2007b, paragraaf 3 die met betrekking tot een ab intestaat erfrecht voor de samenlevingspartner opmerkt dat indien men goederenrechtelijk wil denken ten behoeve van de langstlevende samenlevingspartner, er systemen zijn die "verzachting" kunnen bieden indien niet terstond duidelijk is wie met de goederenrechtelijke eer gaat strijken. F. Schols noemt onder andere het systeem dat geldt voor voorwaardelijke makingen in art. 4:138 BW.

44. De bestaanseis en de vormvoorschriften, die eveneens door de woorden 'daarbij aangewezen' tot uitdrukking worden gebracht (zie *Kamerstukken II* 1962/63, 3771, 6, p. 78 (MvA II), *Parl. Gesch. Vast.* p. 717) zijn immers reeds neergelegd in art. 4:56 BW en art. 4:42 lid 3 jo. afdeling 4.4.4 BW. Daarvoor zijn de woorden 'daarbij aangewezen' niet noodzakelijk.

niet zo strikt opgevat hoeven te worden, in die zin dat de erfgenamen bij het openvallen van de nalatenschap *onmiddellijk* identificeerbaar moeten zijn. Vanuit deze gedachte bezien, zou de identiteit van de erfgenamen dan ook eerst later kunnen worden vastgesteld door bijvoorbeeld omstandigheden of wellicht zelfs door wilsdelegatie. Maar dit is thans evenwel geen geldend recht. Feit blijft dat de woorden 'daarbij aangewezen' deel uitmaken van de definitie van de erfstelling en daarin zodoende een vereiste van 'onmiddellijke identificeerbaarheid' besloten ligt. Niettemin ga ik in paragraaf 5.2.3 nader in op de *veronderstelling* dat een deugdelijke rechtvaardigingsgrond voor het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid ontbreekt. Welke mate van bepaaldheid zou de materiële aard van de erfstelling dan met zich brengen?

Dat wilsdelegatie met behulp van de 'voorwaarden-constructie' overigens *denkbaar* is, merkt toch ook Kleijn op, ondanks zijn uitspraak over 'zwevende toestanden':<sup>45</sup>

'Delegatie lijkt dus alleen mogelijk bij erfstellingen, indien deze onder opschortende voorwaarde zijn en dan nog zodanig dat de aanwijzing (tevens) als opschortende voorwaarde geldt; tegenover deze verkrijging onder opschortende voorwaarde dient dan te staan eenzelfde verkrijging door een andere erfgenaam onder ontbindende voorwaarde.'<sup>46</sup>

De hamvraag hierbij is evenwel hoeveel vrijheid de gedelegeerde dan bij zijn aanwijzing toekomt. Op grond van het bepaaldheidsvereiste zal er immers toch een zekere mate van bepaaldheid nodig zijn om een geldige aanwijzing te kunnen doen.<sup>47</sup>

#### 5.2.2.5. Tussenconclusie en de hypothese met betrekking tot art. 4:115 BW

In subparagraaf 5.2.2.1 werd duidelijk dat ten aanzien van het bepalen van de erfgenamen een strikt bepaaldheidsvereiste geldt, in die zin dat alleen de erflater zelf zijn erfgenamen kan aanwijzen. In de woorden 'daarbij aangewezen' van art. 4:115 BW ligt namelijk het *vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid* besloten en dit vereiste impliceert een verbod om te delegeren ten aanzien van de erfgenamen. De identiteit van de erfgenamen moet op grond van dit vereiste namelijk *onmiddellijk*, dat betekent volledig aan de hand van de uiterste wil en de op het ogenblik van het overlijden van de erflater bestaande omstandigheden, kunnen worden vastgesteld. De erflater zal dus steeds zelf in zijn uiterste wil de erfgenamen moeten aanwijzen en voor

45. Zie Kleijn 1969, p. 296.

46. Kleijn 1969, p. 296.

47. Vgl. voor het Beghische recht Debucquoy 2012, nr. 44: 'De legataris moet door de testator ook voldoende duidelijk aangewezen worden. De legataris moet in andere woorden bepaald zijn.' En nr. 45: 'Het volstaat bovendien dat de legataris dan bepaalbaar is.' In België bestaan overigens drie soorten legatarissen: de algemene legataris (het legaat betreft de geheelheid van de nalatenschap); de legataris onder algemene titel (het legaat betreft een deel, dat wil zeggen de helft, een derde etc. of bijvoorbeeld al de onroerende of roerende goederen of een bepaald deel daarvan, van de nalatenschap) en de bijzondere legataris (het legaat betreft een bepaald goed of een bepaald bedrag of een bepaald soort goederen; vgl. hiermee onze legataris). De algemene legataris en de legataris onder algemene titel verkrijgen zowel goederen als schulden. Vgl. hiermee onze erfstelling.

een aanwijzing 'achteraf', door omstandigheden die intreden na erflaters dood of door de subjectieve wil van een derde, is geen plaats.

De rechtvaardiging voor het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid is gelegen in de *rechtszekerheid*, zo kwam naar voren in subparagraaf 5.2.2.3. In subparagraaf 5.2.2.4 trok ik deze rechtvaardigingsgrond evenwel in twijfel. Indien de delegatie wordt opgevat als een (opschortende) voorwaarde en de door de derde aan te wijzen erfgenamen worden aangemerkt als erfgenamen onder opschortende voorwaarde, hoeft voor de rechtszekerheid namelijk niet te worden gevreesd. Bij erfgenamen onder een opschortende voorwaarde behoren namelijk ook altijd erfgenamen onder een ontbindende voorwaarde. Indien erflater deze erfgenamen onder ontbindende voorwaarde niet uitdrukkelijk in zijn uiterste wil heeft genoemd, zijn de versterferfgenamen de primaire erfgenamen onder ontbindende voorwaarde. Op deze manier wordt voorkomen dat zwevende toestanden ontstaan en erflaters rechtsopvolgers onbekend (in de zin van onbepaald) zijn.

Met deze zogenoemde 'voorwaarden-constructie' is de rechtvaardiging van het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid aantastbaar geworden.

*Stel* nu dat, vanwege het gemis aan een deugdelijke rechtvaardigingsgrond, het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid en de woorden 'daarbij aangewezen' geen deel uitmaken van de definitie van de erfstelling. In de volgende subparagraaf ga ik van deze *hypothese* uit en bekijk ik welke mate van bepaaldheid de materiële aard van de erfstelling dan met zich brengt.

### 5.2.3. Hypothese en delegatie ten aanzien van de erfgenamen

#### 5.2.3.1. Welk bepaaldheidsvereiste?

Veronderstellend dat het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid niet in art. 4:115 BW besloten ligt en zodoende niet wordt verlangd dat de identiteit van de erfgenamen bij het openvallen van de nalatenschap *onmiddellijk* vaststaat, kan (wederom) de vraag worden gesteld welke mate van bepaaldheid voor de erfstelling is vereist.

De erfstelling heeft, zoals reeds in paragraaf 5.2.1 naar voren kwam, betrekking op de nalatenschap als vermogens eenheid en bewerkstelligt een opvolging onder algemene titel. De erfgenamen volgen de erflater anders gezegd van *rechtswege* op in het geheel van goederen én schulden of in een aandeel daarin. Met de erfstelling zijn zodoende *goederenrechtelijke belangen* gemoeid.

#### 5.2.3.2. Het 'goederenrechtelijke' bepaaldheidsvereiste

In subparagraaf 4.4 behandelde ik het bepaaldheidsvereiste voor *goederenrechtelijke* verhoudingen. Dit bepaaldheidsvereiste zag evenwel op de levering van een goed. Omdat voor de erfstelling nu juist *geen* levering nodig is (zij bewerkstelligt immers een



opvolging van *rechtswege*), lijkt deze uiteenzetting in paragraaf 4.4 (over het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor de levering van een goed) niet van toegevoegde waarde voor de opvatting van het bepaaldheidsvereiste ten aanzien van de erfstelling. Niettemin ligt er in paragraaf 4.4 toch een interessante bevinding besloten, die mijns inziens behulpzaam kan zijn bij de vraag *in welke mate* de erfgenamen door erflater in zijn uiterste wilsbeschikking bepaald moeten zijn. Op welke bevinding doel ik?

Ik doel op de *objectieve maatstaf* die geldt voor het bepaaldheidsvereiste in goederen-rechtelijke verhoudingen. Een objectieve maatstaf biedt *geen* ruimte voor *subjectieve* elementen en zodoende ook geen ruimte voor wilsdelegatie.<sup>48</sup>

In paragraaf 4.4.2.2 kwam naar voren dat een goed bij de levering voldoende is bepaald wanneer naar *objectieve maatstaven* kan worden vastgesteld welk goed wordt overgedragen. Hierbij hangt het evenwel van de aard van het goed af in welke mate bepaaldheid is geëist.<sup>49</sup> Zo zagen we in paragraaf 4.4.2.3 dat de aard van een register-goed tot een strikter bepaaldheidsvereiste leidt dan de aard van een vordering op naam, waar bepaalbaarheid ofwel specificatie 'achteraf' aan de hand van objectieve gegevens voldoet.<sup>50</sup> Voor bepaaldheid aan de hand van subjectieve elementen is evenwel geen plaats.

Voor wat de erfstelling betreft geldt dat er meerdere te onderscheiden goederen door de erfgenamen worden verkregen, zoals bijvoorbeeld registergoederen, maar ook roerende goederen en vorderingen. De erfstelling betreft immers de nalatenschap als *vermogensseenheid*. Het lijkt mij daarom ongewenst om het bepaaldheidsvereiste voor het ene goed soepeler op te vatten dan voor het andere. Omdat de erfstelling de nalatenschap als vermogensseenheid betreft, dient naar mijn mening ook *één* opvatting van het bepaaldheidsvereiste voor haar te gelden. Dat zal dan, naar alle waarschijnlijkheid, een strikte opvatting van het bepaaldheidsvereiste moeten zijn, zoals deze ook geldt voor de bepaaldheid van registergoederen.<sup>51</sup> Hierbij is voor subjectieve elementen geen plaats. Toch wringt zo'n strikte opvatting enigszins met het besef dat erflater behoefte kan hebben aan een *flexibele* erfstelling die inspeelt op gewijzigde omstandigheden bijvoorbeeld met behulp van *wilsdelegatie*. Waarom zou een erflater, gelet op zijn testeervrijheid, niet mogen bepalen dat 'achteraf' de inhoud van zijn uiterste wil

48. Zie ook paragraaf 4.4.2.5 'Objectieve bepaalbaarheid'.

49. Zie paragraaf 4.4.2.2 'Bepaaldheidsvereiste en de goederenrechtelijke overeenkomst'. Zie ook Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV), nr. 230.

50. Ten aanzien van de vorderingen heeft in de jurisprudentie een verschuiving plaatsgevonden van bepaaldheid naar *bepaalbaarheid*: voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat, dat, eventueel *achteraf*, aan de hand van de akte kan worden vastgesteld om welke vorderingen het gaat. Het is dus niet nodig dat de vordering in de akte zelf moet worden gespecificeerd. Specificatie kan *achteraf* geschieden, bijvoorbeeld door de administratie te raadplegen. Zie ook paragraaf 4.4.2.4 'Voldoende bepaaldheid voor vorderingen op naam'.

51. Een nalatenschap kan immers registergoederen bevatten en hiervoor geldt de individualisatie-eis resp. het specialiteitsvereiste. Bovendien is er, gelet op het vormvereiste van art. 4:42 lid 3 BW dat van erflater verlangt dat zijn wil in de uiterste wilsbeschikking zelf is gelegen en niet in een stuk waarnaar de erfstelling verwijst (een uiterste wilsbeschikking *kan* immers *alleen* bij *uiterste wil* worden gemaakt en herroepen), voor *bepaalbaarheid* aan de hand van *objectieve gegevens* 'achteraf' (vgl. de bepaalbaarheid die geldt voor vorderingen op naam) geen plaats. *Objectieve omstandigheden*, zoals bijvoorbeeld het ten tijde van erflaters overlijden vrijgestelde bedrag voor de heffing van erfbelasting, botsen evenwel niet met art. 4:42 lid 3 BW.

nader wordt geconcretiseerd door subjectieve elementen?<sup>52</sup> Of met andere woorden, waarom geldt er voor goederenrechtelijke verhoudingen een *objectieve* maatstaf?<sup>53</sup>

### 5.2.3.3. Waarom geen subjectieve maatstaf?

De reden dat er volgens de heersende leer een objectieve maatstaf geldt voor het bepaaldheidsvereiste in goederenrechtelijk verhoudingen, is gelegen in de absolute werking van de goederenrechtelijke rechten. Derden dienen duidelijk te weten *welk* goed tot *wiens* vermogen behoort. De objectieve maatstaf dient aldus de belangen van derden en daarmee de *rechtszekerheid* in het rechtsverkeer.<sup>54</sup>

De rechtszekerheid kwam bij de erfstelling ook al om de hoek kijken als rechtvaardiging van het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid van de testamentaire erfgenamen (paragraaf 5.2.2.3). Niettemin betoogde ik in paragraaf 5.2.2.4 dat in het *erfrecht* rechtsonzekerheid niet al te gauw hoeft te worden gevreesd. Erfstaters rechtsovervolgers zijn immers telkens bekend, omdat de *versterferfgenamen* als ‘vangnet’ fungeren indien erflater geen erfgenamen heeft benoemd. Met het oog op erfstaters testeevrijheid (vgl. hoofdstuk 1) vraag ik me af waarom er geen *soepel* bepaaldheidsvereiste voor het bepalen van de erfgenamen kan gelden, dat ruimte biedt voor een nadere concretisering ‘achteraf’ aan de hand van subjectieve elementen?<sup>55</sup> Een dergelijke nadere concretisering van de erfgenamen aan de hand van subjectieve elementen, bijvoorbeeld het oordeel van een derde, zou – *vanuit de hypthese bekeken* – niet in strijd zijn met het gesloten stelsel (paragraaf 2.2.3), noch met de vormvoorschriften (zie paragraaf 2.3 en 4.6.4). Het is dan immers erfstaters wil, dat een derde de erfgenamen nader bepaalt en deze wil van erflater is in de uiterste wil terug te vinden. Erflater verwijst hiervoor niet naar buiten de uiterste wil gelegen stukken, zoals een schrift of een dossier.

Ik wil hierbij evenwel niet ondermijnen dat er in goederenrechtelijke verhoudingen sprake is van derdenwerking en dat daarom uiteindelijk duidelijk moet zijn *welk* goed tot *wiens* vermogen behoort, maar waarom zou deze duidelijkheid niet aan de hand van een nadere concretisering van erfstaters wil door een derde kunnen plaatsvinden? Wat ik voor ogen heb is een erfstelling met een *zekere mate van bepaaldheid* ten aanzien van de erfgenamen, die niet botst met de rechtszekerheid en waarin toch

52. Subjectieve elementen botsten immers niet met het vormvereiste van art. 4:42 lid 3 BW (vgl. mijn zojuist gemaakte opmerking in noot 51 van dit hoofdstuk en zie voorts paragraaf 4.6.4 ‘Vormvoorschriften’). Vgl. ook Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 221: ‘De delegatie is niet beperkt tot de aanwijzing van legatarissen of lastbevoordeelden, maar kan ook erfstellingen omvatten. Bijvoorbeeld: erfgenaam van één/zesde gedeelte van mijn nalatenschap zal zijn degeen, die *naar het oordeel van één of meer bepaalde personen of instanties* in het jaar van mijn overlijden de geestigste scriptie over een erfrechtelijk onderwerp heeft geschreven (curs. NB).’ Evenals Asser/Perrick 2013 (4), nr. 148: ‘De erflater kan tot zijn erfgenaam benoemen de leerling van een bepaalde school met het *naar het oordeel van de directeur* beste eindexamen in het jaar, volgende op dat van het overlijden (curs. NB).’ Zij staan het wel toe dat een erflater aan een derde de bevoegdheid geeft om, aan de hand van door de erflater gegeven richtlijnen, *naar eigen oordeel* te bepalen wie erfgenaam zal zijn.

53. Een objectieve maatstaf biedt geen ruimte voor subjectieve elementen en zodoende ook geen ruimte voor wilsdelegatie. Zie paragraaf 4.4.2.5 ‘Objectieve bepaalbaarheid’.

54. Zie paragraaf 4.4.2.6 ‘Ratio objectieve maatstaf: derdenwerking’.

55. Vgl. in dit kader ook Kapteins visie als uiteengezet in paragraaf 4.4.2.7 ‘Ruimte voor subjectieve elementen met betrekking tot goederenrechtelijke verhoudingen’ en Kaptein 2013.

ruimte is voor flexibiliteit aan de hand van subjectieve elementen. Ik doel anders gezegd op een erfstelling met een *begrensde* mogelijkheid om de erfgenamen nader te laten bepalen door een derde. Een dergelijke erfstelling heeft in de rechtspraak van onze oosterburen, zoals nader belicht in paragraaf 3.3.5, in het middelpunt van de belangstelling gestaan.<sup>56</sup> Wat was ook alweer het geval?

#### 5.2.3.4. Begrensde 'Drittbestimmung' ofwel de erfstelling met keuzemogelijkheid

Ondanks dat Duitsland met § 2065 BGB expliciet delegatie ten aanzien van de erfstelling verbiedt, is het volgens de heersende leer (in navolging van een oordeel van het *Reichsgericht*) toch toegestaan dat een derde uit een door erflater afgebakende groep van personen naar eigen oordeel kan bepalen wie erfgenaam zal zijn. Hierbij is het tevens van belang dat de erflater zakelijke selectiecriteria meegeeft, aan de hand waarvan de derde zijn of haar keuze moet maken. Op deze manier dient te worden voorkomen dat de derde *willekeurig* kan handelen.<sup>57</sup>

In paragraaf 3.3.5.2 heb ik evenwel ook de andere, minderheids-, mening aangestipt. Deze 'minderheidsmening' laat in afwijking van de heersende leer weliswaar ruimte voor een *begrensde Drittbestimmung*, maar gaat hierbij niet zo ver dat het is toegestaan dat de derde zijn keuze maakt aan de hand van een *eigen oordeel*. De selectiecriteria die erflater meegeeft moeten met andere woorden louter ruimte bieden voor een *objectieve* 'keuze'<sup>58</sup> van de derde. Subjectiviteit, in de zin dat een derde aan de hand van een *eigen oordeel* de erfgenamen aanwijst, wordt in deze visie afgekeurd. Een dergelijke 'objectieve' *begrensde Drittbestimmung* laat dus geen ruimte voor wilsdelegatie en is niet de '*begrensde Drittbestimmung*' die ik voor ogen heb, wanneer ik me afvraag waarom het niet mogelijk zou zijn dat de erfgenamen na erflaters overlijden nader worden geconcretiseerd door de wil van een derde.

Gelet op de testeervrijheid en de behoefte aan flexibiliteit bij het testen, gelet op het feit dat we in ons land *geen* uitdrukkelijk delegatieverbod kennen<sup>59</sup> en gelet op de waarborg die de 'voorwaarden-constructie'<sup>60</sup> kan bieden met betrekking tot de rechtszekerheid (de versterferfgenamen fungeren steeds als vangnet), zie ik geen directe bezwaren tegen een erfstelling *met keuzemogelijkheid* (ten aanzien van het bepalen van de erfgenamen) waarbij een afgebakende *bepaalbaarheid* die ruimte biedt

56. Zie ook onze zuiderburen, waar het legaat met keuzeverlening *ex certis personis* in beginsel wordt toegestaan. Zie hiervoor Debuquoy 2012, nr. 44-61.

57. Halding-Hoppenheit 2003, p. 64: 'Die Auffassung des Reichsgerichtes hat in der Literatur überwiegend Zustimmung erfahren. Die herrschende Meinung hält somit die einem Dritten überlassene Bestimmung für zulässig, wenn sowohl der Personenkreis, aus dem die Wahl zu treffen ist, als auch die Auswahlkriterien vom Erblasser vorgegeben sind. Entsprechendes gelte für die einem Dritten überlassene Bestimmung des Zuwendungsgegenstandes (curs. NB).' In de laatste zin van deze passage komt naar voren dat dit volgens de heersende leer eveneens voor het bepalen van de *erfdelen* geldt. Zie ook paragraaf 3.3.5.

58. Ik realiseer me dat deze term een dubbelzinnige lading heeft. Een 'keuze' impliceert immers enige mate van 'subjectiviteit', maar deze subjectiviteit moet aan de hand van objectieve criteria te controleren zijn.

59. Zie deel I van dit onderzoek.

60. Paragraaf 5.2.2.4 'Zwevend vermogen'.

voor subjectieve elementen voldoet.<sup>61</sup> Dat wil zeggen: een erfstelling, waarin erflater een groep van personen afbakt, zoals 'mijn kinderen', en aan een vertrouwenspersoon de bevoegdheid geeft om na het overlijden van de erflater aan de hand van een eigen oordeel te bepalen wie uit deze afgebakende groep van personen daadwerkelijk als erfgenaam zal optreden.<sup>62</sup> Dit alles uiteraard met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, zodat er van een willekeurige handelen door de derde geen sprake zal zijn.<sup>63</sup>

Tot dusver de hypothese, want vooralsnog is een dergelijke erfstelling met keuzemogelijkheid in het Nederlandse erfrecht niet toegestaan.<sup>64</sup> Het vereiste van *onmiddellijke identificeerbaarheid*, dat besloten ligt in de woorden 'daarbij aangewezen', staat hieraan in de weg. Het vereiste moet immers zo worden uitgelegd dat de identiteit van de eerstgeroepene erfgenamen *volledig* moet kunnen worden bepaald aan de hand van de uiterste wil en de op het ogenblik van het overlijden van de erflater bestaande omstandigheden. Dat wil onder andere zeggen dat de testamentaire erfgenamen door de erflater zelf moeten zijn aangewezen en dus niet door een ander.<sup>65</sup> Wilsdelegatie ten aanzien van het bepalen van de erfgenamen is zodoende niet toegestaan. Is dit anders voor wat wilsdelegatie ten aanzien van *de erfdelen* betreft? De woorden 'daarbij aangewezen' hebben immers enkel betrekking op 'personen'.

In de volgende paragraaf ga ik nader in op de al dan niet toelaatbaarheid van wilsdelegatie ten aanzien van de erfdelen.

## 5.2.4. Het object van de erfstelling: delegatie ten aanzien van de erfdelen

### 5.2.4.1. Inleidend

Of het is toegestaan om een erfstelling te maken met daarin een variabel erfdeel ofwel een erfdeel waarvan de omvang later kan worden bepaald door bijvoorbeeld de erfgenamen,<sup>66</sup> hangt af van de vraag welk bepaaldheidsvereiste geldt ten aanzien van de *erfdelen*. Hiervoor is mijns inziens eveneens de materiële aard van de erfstelling richtinggevend.<sup>67</sup> In paragraaf 5.2.1 kwam deze materiële aard reeds naar voren. De erfstelling is een uiterste wilsbeschikking krachtens welke de erflater aan een of meer

61. Vgl. ook onze zuiderburen, waar het legaat met keuzeverlening *ex certis personis* in beginsel wordt toegestaan. Zie hiervoor Debucquoy 2012, nr. 44-61.

62. Vgl. Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 221: 'De delegatie is niet beperkt tot de aanwijzing van legatarissen of lastbevoordeelden, maar kan ook erfstellingen omvatten. Bijvoorbeeld: erfgenaam van één/zesde gedeelte van mijn nalatenschap zal zijn degenen, die *naar het oordeel van één of meer bepaalde personen of instanties* in het jaar van mijn overlijden de geestigste scriptie over een erfrechtelijk onderwerp heeft geschreven (curs. NB).' Evenals Asser/Perrick 2013 (4), nr. 148: 'De erflater kan tot zijn erfgenaam benoemen de leerling van een bepaalde school met het *naar het oordeel van de directeur* beste eindexamen in het jaar, volgende op dat van het overlijden (curs. NB).'

63. Vgl. paragraaf 4.3.5 'Objectivering door redelijkheid en billijkheid voorkomt willekeur'.

64. Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 221 en Asser/Perrick 2013 (4), nr. 148 lijken haar wel toe te staan. Zie hiervoor mijn opmerking in noot 62 van dit hoofdstuk.

65. *Kamerstukken II* 1962/63, 3771, 6, p. 78 (MvA II), *Parl. Gesch. Vast.* p. 717.

66. Zo'n erfdeel kan bijvoorbeeld in de estateplanningspraktijk uitkomst bieden als alternatief voor het afvullegaat. Vgl. Van Ewijk & Schoenmaker 2006, p. 11-12.

67. Zie ook paragraaf 4.6.4.3 waarin ik betoogde dat voor de opvatting van het bepaaldheidsvereiste *niet* gekeken moet worden naar de algemene vormvoorschriften, maar naar de vereisten ten aanzien van de inhoud van iedere soort uiterste wilsbeschikking ofwel naar hun *materiële aard*.

daarbij aangewezen personen zijn gehele nalatenschap of een aandeel daarin nalaat (art. 4:115 BW). Erflater zal dus in ieder geval minimaal een *aandeel* in zijn nalatenschap moeten nalaten, om ervoor te zorgen dat hij een erfstelling maakt. Hij kan het zodoende niet aan een ander overlaten om het erfdeel na zijn overlijden bijvoorbeeld op 0 'te zetten' en daarmee *indirect* erfgenenamen van de erfopvolging uit te sluiten of anders gezegd erfgenenamen *indirect* te onterven. Dit zou ook enigszins afstuiten op het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid dat in art. 4:115 BW besloten ligt (paragraaf 5.2.2.1). Erflater dient een minimaal erfdeel te noemen, zoals bijvoorbeeld 1/100. Kan dit erfdeel na erfslaters overlijden door een vertrouwenspersoon naar diens oordeel worden 'opgehoogd' naar bijvoorbeeld 99/100? Op deze vraag ga ik in de hierna volgende subparagrafen in. Ik sta allereerst stil bij de onmiddellijke opvolging, ofwel de opvolging van rechtswege. Zoals we in de vorige paragraaf zagen (paragraaf 5.2.2), brengt deze onmiddellijke opvolging met zich dat op het moment dat de nalatenschap openvalt de identiteit van de ingestelde erfgenenamen *onmiddellijk* duidelijk moet zijn. Ofwel: de identiteit van de testamentaire erfgenenamen moet *volledig* kunnen worden bepaald aan de hand van de uiterste wil én de op het ogenblik van het overlijden van de erflater bestaande omstandigheden. Dit wordt tot uitdrukking gebracht met de woorden 'daarbij aangewezen'. Deze woorden hebben evenwel slechts betrekking op personen (het subject van de verkrijging), of anders gezegd op de ingestelde erfgenenamen. Geldt er ook een 'onmiddellijkheids'-vereiste ten aanzien van de erfdelen?

#### 5.2.4.2. 'Onmiddellijkheids'-vereiste

Louter gelet op de definitie van de erfstelling in art. 4:115 BW lijkt het erop dat het *niet* nodig is dat de erfdelen op het moment van erfslaters overlijden onmiddellijk vaststaan ofwel volledig door de erflater in zijn erfstelling moeten zijn bepaald. De woorden 'daarbij aangewezen', waarin het 'onmiddellijkheids'-vereiste ten aanzien van het bepalen van de erfgenenamen besloten ligt, staan immers niet voor het woord 'aandeel'. Het hoeft anders gezegd niet te gaan om een '*daarbij aangewezen aandeel*'. 'Daarbij aangewezen' heeft enkel betrekking op de erfgenenamen. In dit verband merkte de Commissie Erfrecht in haar Rapport op dat men verzuimt af te grenzen de bevoegdheid van de erflater om de omvang van de erfstelling door een derde te laten bepalen.<sup>68</sup> Als voorbeeld wordt door de Commissie Erfrecht vervolgens de erfstelling genoemd waarin de erflater tot zijn erfgenenamen benoemt de kinderen van zijn broer 'voor de delen van mijn nalatenschap als mijn broer zal bepalen'.<sup>69</sup> Wilsdelegatie ten aanzien van de erfdelen zou dan zijn toegestaan.<sup>70</sup>

Anders dan het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid dat geldt voor de ingestelde erfgenenamen, ligt er in de definitie van de erfstelling geen expliciet vereiste

68. *Rapport Commissie Erfrecht II*, p. 168. Vgl. hiermee § 2065 II BGB waarin *Drittbestimmung* zowel ten aanzien van het subject van de verkrijging (de erfgenenamen) als ten aanzien van het object van de verkrijging (de erfdelen) wordt verboden.

69. *Rapport Commissie Erfrecht II*, p. 168.

70. Om willekeur te voorkomen, dient de broer dan te handelen met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid. Zie ook paragraaf 4.3.5 'Objectivering door redelijkheid en billijkheid voorkomt willekeur'.

besloten dat de erfdelen onmiddellijk vast moeten staan op het moment dat erflater overlijdt.<sup>71</sup> Maar wellicht vloeit dit vereiste wel impliciet voort uit de aard van de erfstelling, te weten een onmiddellijke opvolging in het geheel van erfslaters goederen en schulden of in een aandeel daarvan. Zou in het gegeven dat het hier *goederenrechtelijke* belangen betreft, wellicht een bepaaldheidsvereiste besloten liggen dat geen ruimte biedt voor subjectieve elementen (vgl. paragraaf 4.4 en paragraaf 5.2.2)?

#### 5.2.4.3. Goederenrechtelijk bepaaldheidsvereiste voor de erfdelen

Het goederenrechtelijke bepaaldheidsvereiste kent volgens de heersende leer, zoals in paragraaf 4.4.2.2 t/m paragraaf 4.4.2.6, naar voren kwam, een *objectieve maatstaf*.<sup>72</sup> Het biedt hiermee geen ruimte voor subjectieve elementen, zoals het oordeel van een derde, en dus geen ruimte voor wilsdelegatie.

Geldt het goederenrechtelijke bepaaldheidsvereiste met objectieve maatstaf ook voor het bepalen van de omvang van de erfdelen? Zoals ik in paragraaf 5.2.3.2 opmerkte, betreft de erfstelling de nalatenschap als vermogensseenheid. Dat betekent dat een erfdeel op meerdere te onderscheiden goederen kan zien, zoals registergoederen, roerende goederen of vorderingen, en op schulden (art. 4:182 jo. 4:7 BW). Het ligt daarom voor de hand om voor de erfstelling één opvatting van het bepaaldheidsvereiste te hanteren, die recht doet aan deze goederenrechtelijke verhoudingen: dat wil zeggen het *goederenrechtelijk bepaaldheidsvereiste met objectieve maatstaf*. Ook Van Mourik lijkt dit goederenrechtelijke bepaaldheidsvereiste voor wat de omvang van de erfdelen betreft, te omarmen. Op een vraag over flexibele erfstellingen met keuzemogelijkheden voor de erfgenamen, reageert hij namelijk als volgt:

'De omvang van het erfdeel mag afhankelijk worden gesteld van *objectieve 'externe' factoren*, zoals 'het vrijgestelde bedrag voor de heffing van successierecht'. Van essentieel belang is dat de omvang van het erfdeel *op het moment van overlijden* vaststaat. Het erfdeel is in dit voorbeeld *objectief bepaalbaar*. Er moet alleen nog wat rekenwerk worden verricht. Art. 4:115 BW heeft het over het nalaten van 'een aandeel' en niet over 'een bepaald aandeel' (curs. NB).'<sup>73</sup>

Met andere woorden: er is volgens Van Mourik ruimte voor een zekere *bepaalbaarheid*, maar deze bepaalbaarheid kan dan enkel worden geconcretiseerd aan de hand van *objectieve 'externe' factoren*. De omvang van de erfdelen moet *objectief bepaalbaar* zijn en op het moment van overlijden vaststaan. Voor het nader bepalen van de omvang van het erfdeel 'achteraf' door een *subjectief* oordeel van een derde is zijns inziens dan ook geen plaats:

'De vaststelling van de omvang van het erfdeel mag *niet afhankelijk zijn van de wil van de betrokken erfgenaam of van een derde*. Dat levert strijd op met art. 4:42 lid 3 BW. Een dergelijke delegatie is ongeoorloofd en leidt tot nietigheid van de desbetreffende beschikking (curs. NB).'<sup>74</sup>

71. Men zou eventueel kunnen betogen dat het woord 'aandeel', een *bepaald breukdeel* impliceert.

72. Zie in dit kader Kaptein 2013, par. 5 die deze objectieve maatstaf in twijfel trekt.

73. Van Mourik 2009, p. 481.

74. Van Mourik 2009, p. 481.

Bepaalbaarheid aan de hand van subjectieve elementen wordt door hem afgekeurd vanwege strijd met art. 4:42 lid 3 BW. Reeds in het eerste deel van dit onderzoek heb ik echter uiteengezet dat art. 4:42 lid 3 BW, waarin het zogenaamde persoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking tot uitdrukking komt, slechts een *formeel* aspect omvat (zie met name hoofdstuk 3) en niet in de weg staat aan wilsdelegatie. Erfflater kan zijn uiterste wilsbeschikkingen op grond van art. 4:42 lid 3 BW slechts persoonlijk *maken*. Hij mag zich bij het maken van zijn uiterste wilsbeschikking, anders gezegd, niet laten vertegenwoordigen. Art. 4:42 lid 3 BW zegt daarmee evenwel niets over de mogelijkheid om (hoogst)persoonlijk *gemaakte* delegatiebevoegdheden te verlenen, zoals de bevoegdheid om de omvang van een erfdeel door een derde te laten bepalen. Hiervoor is mijns inziens het bepaaldheidsvereiste doorslaggevend (vgl. paragraaf 3.5). En gelet op de aard van de erfstelling dient dat bepaaldheidsvereiste ten aanzien van de omvang van de erfdelen, naar mijn mening, (eveneens)<sup>75</sup> strikt te worden opgevat.<sup>76</sup> Dit vanwege de absolute werking van de goederenrechtelijke rechten.<sup>77</sup> In het belang van derden, zoals schuldeisers, dienen de aandelen in de goederen en schulden duidelijk te zijn. Dit wordt onderstreept door een bepaling als art. 4:182 lid 2 BW, dat zonder een *bepaald* erfdeel geen redelijke zin lijkt te hebben:

'Zij [de erfgenamen, toev. NB] worden van rechtswege schuldenaar van de schulden van de erfflater die niet met zijn dood tenietgaan. Is een prestatie deelbaar, dan is ieder van hen verbonden voor een *deel, evenredig aan zijn erfdeel*, tenzij zij hoofdelijk zijn verbonden (curs. NB).'

Toch kan, net zoals in paragraaf 5.2.3.2, de vraag worden gesteld of zo'n strikte opvatting niet wringt met het besef dat erfflater behoefte kan hebben aan een 'flexibel' erfdeel. Is er wellicht een argument dat het uitgangspunt van een strikt bepaaldheidsvereiste voor de omvang van de erfdelen verzacht? Ofwel is er een argument dat ruimte geeft voor een soepele opvatting van het bepaaldheidsvereiste, in die zin dat de erfdelen na erfslaters overlijden (toch) door een ander kunnen worden geconcretiseerd (vgl. paragraaf 5.2.3.3)?

#### 5.2.4.4. Toch ruimte voor subjectiviteit?

Tegen een strikte opvatting van het bepaaldheidsvereiste voor wat de omvang van de erfdelen betreft, kan worden ingebracht dat, met het oog op de derdenwerking, de goederenrechtelijke belangen die met de erfstelling gepaard gaan, in feite zijn gewaarborgd indien de erfgenamen bekend zijn. Onzekerheid omtrent louter de omvang van de erfdelen stuit zo bezien *niet* op goederenrechtelijke bezwaren. In dezelfde zin ook Rombach die (weliswaar voor het oude erfrecht) opmerkt dat:

75. Zie ook paragraaf 5.2.2 met betrekking tot de vraag naar de mogelijkheid van delegatie ten aanzien van de erfgenamen.

76. De te bewandelen route hiervoor is evenwel niet art. 4:42 lid 3 BW (Van Mourik), maar de materiële aard van de erfstelling. Ook in het verslag van Rookmaker 2003b wordt voor een strikte opvatting van het bepaaldheidsvereiste ten aanzien van de erfdelen gekozen.

77. Vgl. paragraaf 4.4.2.6 'Ratio objectieve maatstaf: derdenwerking'.

'staat wel vast wie de erfgenamen zijn, dan zie ik een aanvankelijke onzekerheid van de *erfdelen* niet als zakenrechtelijk [ofwel *goederenrechtelijk*, toev. NB] bezwaarlijk (al lijkt mij met Kleyn, p. 296, dit soort delegatie nogal gezocht).'<sup>78</sup>

Schuldeisers van de nalatenschap weten immers welke personen de erfgenamen zijn. De schulden van de nalatenschap (art. 4:7 BW) kunnen vervolgens, in beginsel, op 'de' goederen van de nalatenschap worden verhaald (art. 3:192 BW jo. 4:184 lid 1 BW).<sup>79</sup> De vereffeningprocedure kan deze schuldeisers hierbij bovendien een helpende hand toesteken. Als de omvang van de erfdelen nog niet vaststaat op het moment van erflaters overlijden, leidt dat in wezen dus enkel tot *verbintenisrechtelijke* ophef. Op het moment van erflaters overlijden bestaat immers onzekerheid omtrent de *aansprakelijkheid* voor de schulden van de nalatenschap ('wie kan ik voor *welk* gedeelte aanspreken?').<sup>80</sup> Betoogd zou kunnen worden dat, zoals we in paragraaf 4.3 reeds zagen bij *verbintenisrechtelijke verhoudingen* bepaalbaarheid met ruimte voor subjectieve elementen, zoals het oordeel van een derde, kan volstaan (vgl. art. 6:227 BW).<sup>81</sup> Toch kan ook hier weer, indien de prestatie deelbaar is, het *bepaalde erfdeel* een rol spelen (art. 4:182 lid 2 BW).<sup>82</sup> Zoals ik in de vorige subparagraaf (paragraaf 5.2.4.3) opmerkte, lijkt art. 4:182 lid 2 BW zonder bepaald erfdeel namelijk geen redelijke zin te hebben.

78. Rombach 1969, p. 424. Kleijn 1969, p. 296 merkt op: 'Bij een erfgenaam is immers de grootte van zijn verkrijging afhankelijk van die van zijn mede-erfgenamen, omdat alle evenredige delen tezamen het geheel moeten vormen. De aanwijzing van één evenredig deel betekent daarom tevens een bepaling van andere evenredige delen. Op deze wijze *schiet een delegatie betreffende de grootte van een erfdeel ver over zijn doel*, aangezien de inhoud van de aanwijzing mede de rechten van andere erfgenamen bepaalt (curs. NB).'
79. Art. 4:184 lid 2 BW bepaalt dat: 'Een erfgenaam is niet verplicht een schuld der nalatenschap ten laste van zijn overig vermogen te voldoen, *tenzij* hij:
  - a. zuiver aanvaardt, behalve voor zover de schuld niet op hem rust en onverminderd de artikelen 14 lid 3 en 87 lid 5;
  - b. de voldoening van de schuld verhindert en hem daarvan een verwijt kan worden gemaakt;
  - c. opzettelijk goederen der nalatenschap zoek maakt, verbergt of op andere wijze aan het verhaal van schuldeisers der nalatenschap onttrekt; of
  - d. vereffenaar is, in de vervulling van zijn verplichtingen als zodanig in ernstige mate tekortschiet, en hem daarvan een verwijt kan worden gemaakt (curs. NB).'
80. Dit kan evenwel een reden zijn om een 'flexibel' erfdeel als ongewenst aan te merken. Maar zoals Van Mourik 2009, p. 481 opmerkt: 'dat is niet doorslaggevend, aangezien rechtsonzekerheid in dit opzicht wel vaker voorkomt.' Over aansprakelijkheid voor schulden van de nalatenschap Kolkman 2006, p. 193-215.
81. Paragraaf 4.3 'Bepaaldheidsvereiste in het verbintenissenrecht'.
82. 'Is de prestatie ondeelbaar of vloeit uit wet, gewoonte of rechtshandeling voort dat de schuldenaren ten aanzien van een zelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn, dan zijn zij hoofdelijk verbonden (art. 6:6 lid 2 BW).' Is een prestatie deelbaar en zijn er meer schuldenaren dan is er sprake zijn van een 'deelbare' aansprakelijkheid. Voor de schulden als bedoeld in art. 4:7 lid 1 sub a, i en h BW bepaalt art. 4:182 lid 2, tweede zin BW dat: 'Is een prestatie deelbaar, dan is ieder van hen verbonden voor een deel, *evenredig aan zijn erfdeel*, *tenzij* zij hoofdelijk zijn verbonden.' Zie ook art. 4:117 lid 3 BW voor legaten. Voor de overige nalatenschapsschulden geldt art. 6:6 lid 1 BW: 'Is een prestatie door twee of meer schuldenaren verschuldigd, dan zijn zij ieder voor een *gelijk deel* verbonden, *tenzij* uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn (curs. NB).' Hierover uitgebreider Kolkman 2006, p. 201 e.v.



### 5.2.5. *Tussenconclusie*

De aard van de erfstelling, zoals neergelegd in art. 4:115 BW, brengt mee dat de erfgenamen door de erflater zelf moeten worden bepaald en niet na erfslaters overlijden door een ander kunnen worden aangewezen. Hiermee is wilsdelegatie ten aanzien van de erfgenamen verboden. De woorden 'daarbij aangewezen' en het hierin gelegen vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid van de ingestelde erfgenamen, steken hier een stokje voor. Voor het aanwijzen van de erfgenamen geldt zodoende een strikt bepaaldheidsvereiste dat geen ruimte biedt voor subjectieve elementen van een ander. In paragraaf 5.2.2.4 liet ik evenwel doorschemeren dat dit strikte bepaaldheidsvereiste betwistbaar is.<sup>83</sup> Staat de rechtvaardiging van het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid namelijk wel zo sterk in haar schoenen? Zorgt het systeem van ons erfrecht niet sowieso ervoor dat de rechtszekerheid steeds voldoende is gewaarborgd, doordat het als vangnet de versterferfgenamen kent? En kan de delegatie dan niet worden opgevat als een opschortende voorwaarde, waarbij erfslaters versterferfgenamen de primaire erfgenamen onder ontbindende voorwaarden zijn, zodat erfslaters rechtsopvolgers steeds bekend zijn en van 'zwevend vermogen' geen sprake is? Met deze zogenoemde 'voorwaarden-constructie' is de rechtszekerheid mijns inziens voldoende gewaarborgd. Ik zie dan ook geen bezwaren tegen een erfstelling met keuzemogelijkheid ten aanzien van de erfgenamen.<sup>84</sup> Te meer niet vanwege het besef dat de testeervrijheid in ons erfrecht een centrale plaats inneemt en dat erfslaters wil, ook als deze wilsdelegatie inhoudt, beslissend is (vgl. hoofdstuk 1).

Voor wat de erfdelen betreft, lijkt een soepeler bepaaldheidsvereiste te gelden dan voor de erfgenamen. Art. 4:115 BW, waarin de erfstelling is gedefinieerd, spreekt namelijk slechts over het nalaten van de gehele nalatenschap of een aandeel daarin. Er wordt anders gezegd niet gesproken over een 'bepaald' aandeel of een 'daarbij aangewezen' aandeel. Dit biedt ruimte voor een zekere bepaalbaarheid, waarbij bijvoorbeeld de omvang van het erfdeel afhankelijk wordt gesteld van objectieve 'externe' factoren, zoals het vrijgestelde bedrag voor de heffing van erfbelasting.<sup>85</sup> Gelet op de aard van de erfstelling, zullen de erfdelen op het moment van erfslaters overlijden steeds objectief duidelijk moeten zijn. De erfstelling heeft immers betrekking op de nalatenschap als vermogenseenheid en met haar zijn goederenrechtelijke belangen gemoeid. Vanuit dit oogpunt dient dan ook een goederenrechtelijk bepaaldheidsvereiste met objectieve maatstaf te worden gehanteerd. Deze maatstaf wordt impliciet ook onderstreept door art. 4:182 lid 2 BW, dat geen redelijke zin lijkt te hebben indien de erfdelen bij erfslaters overlijden nog niet zijn bepaald.

Tegen de opvatting van een goederenrechtelijk bepaaldheidsvereiste met objectieve maatstaf voor de omvang van de erfdelen, kan evenwel worden ingebracht dat de onzekerheid omtrent de omvang van de erfdelen in feite slechts een verbintenisrechtelijke onzekerheid betreft. En voor verbintenisrechtelijke verhoudingen kan een soepel

83. Zie ook paragraaf 5.2.2.5 'Tussenconclusie en de hypothese met betrekking tot art. 4:115 BW'.

84. Zie paragraaf 5.2.3 'Hypothese en delegatie ten aanzien van de erfgenamen'.

85. Van Mourik 2009, p. 481.

bepaaldheidsvereiste met subjectieve elementen, zoals het oordeel van een derde, voldoen (vgl. art. 6:227 BW).

Een andere veel voorkomende uiterste wilsbeschikkingen is het legaat. Door het maken van een legaat kan erflater eveneens eigendom doen overgaan. Anders dan de erfstelling, houdt het legaat evenwel geen eigendomsovergang van rechtswege in.<sup>86</sup> Het legaat betreft slechts een verbintenis tot levering.<sup>87</sup> Welk bepaaldheidsvereiste behoort bij de aard van het legaat? Kan een derde bepalen wie als legataris optreedt (paragraaf 5.3.2) en wat de inhoud van het vorderingsrecht is (paragraaf 5.3.3)?

### 5.3. Legaat

#### 5.3.1. Inleidend

De materiële aard van het legaat is te vinden in art. 4:117 BW, waarin het legaat wordt omschreven als:

'een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan *een of meer personen* een *vorderingsrecht* toekent (curs. NB).'

Anders dan bij de erfstelling ziet het legaat dus niet op de gehele nalatenschap of een aandeel daarin, maar op het toekennen van een *vorderingsrecht* aan een of meer personen.<sup>88</sup> Van een opvolging onder algemene titel is dan ook geen sprake. Het legaat betreft slechts een verbintenis tot levering.<sup>89</sup> De legataris verkrijgt onder *bijzondere titel*. Dit brengt met zich dat het legaat moet worden geleverd door degene op wie het legaat drukt (vgl. art. 3:84 BW e.v.). Het legaat vormt anders gezegd een schuld van de nalatenschap (art. 4:7 lid 1 aanhef en onder h BW) en de legataris is de schuldeiser.<sup>90</sup>

In hoofdstuk 4 heb ik al een en ander opgemerkt over het bepaaldheidsvereiste dat geldt ten aanzien van het legaat. Het legaat is, evenals bijvoorbeeld de koop- of schenkingsovereenkomst, namelijk een *bron van verbintenissen*.<sup>91</sup> In beginsel zijn de regels van Boek 6 BW dan ook op het legaat van toepassing. Het bepaaldheidsvereiste dat voor het legaat geldt, is zodoende hetzelfde bepaaldheidsvereiste als bijvoorbeeld voor de schenkingsovereenkomst geldt. Te weten het bepaaldheidsvereiste als bedoeld in art. 6:227 BW: *bepaalbaarheid* voldoet en bij het nader vaststellen van de inhoud van

86. Dit was vroeger anders. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 560 merkt op dat de Hoge Raad in de 19<sup>e</sup> eeuw in een tweetal arresten (het betrof HR 19 april 1861, W 2268 en HR 4 maart 1881, W 462) had beslist dat de legataris door de enkele kracht van het testament *eigenaar* van het gelegateerde goed wordt.

87. HR 11 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4808, NJ 1985/374 (Verhoeven-Peters).

88. Niet alleen goederen (waaronder begrepen een genotsrecht), maar ook diensten kunnen worden gelegateerd. F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 147.

89. HR 11 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4808, NJ 1985/374 (Verhoeven-Peters).

90. Zie over het legaat Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, p. 322 e.v.; F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 147 e.v.; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 154 e.v. en nr. 554 e.v. Zie over schulden uit legaten Kolkman 2006, p. 125 e.v.

91. F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 147; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 554.

de rechtshandeling is er zelfs ruimte voor een *subjectief* element, zoals het oordeel van een derde.<sup>92</sup> Wilsdelegatie ten aanzien van het legaat is dan toegestaan. Voor de mate waarin er kan worden gedelegeerd, zou ik dan simpelweg kunnen terug verwijzen naar hetgeen ik reeds opmerkte in de paragrafen 4.3.4 t/m 4.3.8. Hierbij dient evenwel te worden aangestipt dat de bepalingen van Boek 6 BW hun toepassing niet genieten, daar waar Boek 4 BW uitdrukkelijk anders bepaalt. In hoeverre doet Boek 4 BW dit? Op deze vraag ga ik de onderstaande paragrafen nader in.

In paragraaf 5.3.2 komt de vraag aan bod in hoeverre het mogelijk is om te delegeren ten aanzien van het subject van het legaat, te weten de legataris. In paragraaf 5.3.3 ga ik vervolgens in op de vraag in hoeverre het mogelijk is om het object van het legaat, ofwel de omvang van het legaat, nader te laten bepalen door een ander, zoals een erfgenaam of een derde.

### 5.3.2. *Het subject van het legaat: delegatie ten aanzien van de legataris*

#### 5.3.2.1. Inleidend

Voor de vraag of en in hoeverre het mogelijk is om te delegeren ten aanzien van het subject van het legaat, kan gelet op het verbintenissenrechtelijke karakter van het legaat worden aangeknoopt bij hetgeen ik reeds opmerkte in paragraaf 4.3.8. In deze paragraaf werd ingegaan op de vraag wie schuldenaar resp. schuldeiser kan zijn. Schuldenaar of schuldeiser kunnen zijn: individueel aangewezen personen en in een bepaalde hoedanigheid aangewezen personen. Dat is bij het legaat uiteraard niet anders. Legataris kan zijn 'mijn broer X' of 'de burgemeester van de stad Maastricht ten tijde van mijn overlijden'. In paragraaf 4.3.8 kwam voorts naar voren dat schuldenaar of schuldeiser ook kunnen zijn vervangbaar gestelde personen (zie paragraaf 4.3.8.2), zoals 'nader te noemen meesters'. Geldt dit ook voor legatarissen?

De 'vervangbaar gestelde persoon' ofwel de 'facultatieve schuldeiser resp. schuldenaar' stond centraal in paragraaf 4.3.8.2. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat bij het aangaan van de verbintenis een *primaire* schuldeiser optreedt, die evenwel de bevoegdheid heeft om een ander, nog *onbepaald* persoon, *in zijn plaats* te stellen (vgl. de koop voor zich of nader aan te geven koper). Indien hiervan geen gebruik wordt gemaakt, blijft deze persoon degene die als schuldeiser optreedt. Er treedt met andere woorden niemand in de plaats.

Voor wat het erfrecht betreft, doet deze 'vervangbaar gestelde (ofwel facultatieve) persoon- figuur' enigszins denken aan de subsidiaire making: wie verkrijgt als de eerst geroepene bijvoorbeeld is vooroverleden of verwerpt? Het verschil tussen de figuur van de vervangbaar gestelde persoon in het verbintenissenrecht en een erfrechtelijke subsidiaire making is dat in het geval van de vervangbaar gestelde persoon in het verbintenissenrecht, de primaire schuldeiser kan bepalen wie de subsidiaire schuldeiser is. Terwijl bij een testamentaire subsidiaire making *de erflater* in zijn uiterste wil heeft bepaald wie *in de plaats* van de eerstgeroepene treedt, indien deze bijvoorbeeld de making verwerpt. Kan erflater deze bevoegdheid in zijn uiterste wil ook verlenen

92. Zie hierover uitgebreid paragraaf 4.3.4 e.v.

aan de primaire legataris? Bijvoorbeeld: 'X is legataris, *tenzij X iemand anders aanwijst als legataris*'.

Bij het antwoord op de vraag of een dergelijke erfrechtelijke indeplaatstelling met betrekking tot de persoon van de legataris is toegestaan, kan reeds worden opgemerkt dat X altijd bevoegd is om een legaat te verwerpen. Maar kan hij dan ook bepalen wie vervolgens het legaat verkrijgt? Hiervoor dient mijns inziens te worden gekeken naar de aard van het legaat en de uitleg van het bepaaldheidsvereiste dat voor het legaat geldt. Ik ga hierop in de volgende paragrafen nader in. Hierbij bekijk ik ook of de erflater deze bevoegdheid om de legataris te bepalen aan een ander dan de primaire legataris kan verlenen, zoals aan een erfgenaam.

Zoals reeds naar voren kwam in paragraaf 4.3.8.3 is het mogelijk om een derde een keuze te laten maken uit *alternatief* genoemde legatarissen.<sup>93</sup> Deze alternatieve keuze kan zien op individueel aangewezen personen of in een bepaalde hoedanigheid aangewezen personen. Zo geven Hartkamp en Sieburgh het voorbeeld van een erflater die een legaat heeft gemaakt aan twee personen X of Y ter keuze van de erfgenaam.<sup>94</sup> Evenzo is het mijns inziens toelaatbaar om een legaat te maken van bijvoorbeeld de kunstcollectie aan 'degene van mijn kinderen (hoedanigheid) die naar het oordeel van mijn enig erfgenaam de meeste interesse toont in mijn kunstcollectie'. Op de 'alternatieve legataris' kom ik kort terug in paragraaf 5.3.2.4.

In het verlengde van de 'facultatieve schuldeiser resp. schuldenaar' stelde ik in paragraaf 4.3.8.4 reeds de vraag of een erflater een uiterste wilsbeschikking kan maken waarin hij als legataris aanwijst: 'een binnen vier weken na mijn overlijden nader – door X – te noemen (op het moment van het openvallen van de nalatenschap nog *onbepaald*) persoon.' Dit deed ik in de context van de figuur van de 'nader te noemen meester' als bedoeld in art. 3:67 BW. Ik gaf hierbij al aan dat in dit verband een vergelijking met art. 3:67 BW niet op gaat. X handelt in het voorbeeld immers niet voor een nog *onbepaalde* nader te noemen 'meester', maar voor erflater (die bepaald is). X krijgt hier niet de bevoegdheid om een nader te noemen meester aan te wijzen, maar de bevoegdheid om de legataris (die door erflater onbepaald is) te bepalen. Toch zou het denken in 'de sfeer' van de nader te noemen meester, in het bijzonder *het nader noemen* van een nog *onbepaalde* 'contractspartij', kunnen helpen om de rechtsbetrekking tussen de erflater (en na aanvaarding van de nalatenschap: diens erfgenamen) en X te duiden. Is er bijvoorbeeld überhaupt wel sprake van een legaat als de legataris op het moment van erflaters overlijden nog geheel onbepaald is? Deze vraag kan mijns inziens worden beantwoord aan de hand van de opvatting van het bepaaldheidsvereiste dat voor het legaat geldt. Zoals ik hiervoor reeds aankondigde ga ik hierna, en voor wat de 'nader te noemen legataris' betreft in het bijzonder in paragraaf 5.3.2.5, nader op het bepaaldheidsvereiste dat voor het legaat geldt in.

93. Anders dan bij de facultatieve verbintenis, is voor de alternatieve verbintenis *wel een keuze vereist*. Er is hier met andere woorden geen sprake van 'in de plaats van'. Het staat van meet of aan nog niet vast wie schuldeiser zal zijn.

94. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 94, met verwijzing naar Zwalm 1983 en *Parl. Gesch. Boek* 6, p. 1213 e.v.

### 5.3.2.2. Onmiddellijke identificeerbaarheid

Met het gegeven dat het legaat een verkrijging onder *bijzondere titel* betreft, lijkt het argument dat pleitte voor het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid, namelijk een onmiddellijke opvolging in het geheel van erflaters vermogen of een aandeel daarin, van de baan te zijn. Het is zo bezien dan ook niet nodig dat de identiteit van een legataris *onmiddellijk*, dat wil zeggen volledig aan de hand van de uiterste wil en de op het moment van erflaters overlijden bestaande omstandigheden, moet kunnen worden bepaald. Hierover werd evenwel aanvankelijk anders gedacht. In het Gewijzigd Ontwerp werd het legaat namelijk gedefinieerd als:

'een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer *daarbij aangewezen* personen een vorderingsrecht toekent (curs. NB).'<sup>95</sup>

De woorden 'daarbij aangewezen' brachten, net zoals in art. 4:115 BW, niet alleen tot uitdrukking dat de legataris op het moment van erflaters overlijden moet bestaan (art. 4:56 lid 1 eerste zin BW), maar ook dat de identiteit van de legataris op dit moment onmiddellijk moet kunnen worden vastgesteld.<sup>96</sup> De redenering hierbij was als volgt:

'Een vorderingsrecht veronderstelt het bestaan van een subject, een drager van een recht. Het kan geen goede zin hebben, een vorderingsrecht toe te kennen, terwijl de drager daarvan *voorlopig nog niet te identificeren* is. Met het oog op de legataris is er in het systeem van het ontwerp sprake van een tweetal regels, die bijéénbehoren; de legataris moet bestaan op het tijdstip van overlijden van de erflater en hij moet voorts identificeerbaar zijn. Beide regels vloeien voort uit *het karakter van "vorderingsrecht"*. Een subjectloos vorderingsrecht is geen aanvaardbare figuur (curs. NB).'<sup>97</sup>

De materiële aard van het legaat, te weten het toekennen van een vorderingsrecht aan een of meer personen, zou dus kennelijk toch een vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid met zich brengen:

'Laat men de eis van de identificeerbaarheid op het tijdstip van des erflaters overlijden [dat wil dus zeggen 'onmiddellijk', toev. NB] vallen, dan brengt men *gevallen binnen de sfeer van het legaat*, die naar ieders oordeel bezwaarlijk onder legaat kunnen worden gerubriceerd, bij voorbeeld die gevallen, *waarin de identiteit van de bevoordeelde eerst na tien of twintig jaren aan de dag treedt* [...]. Wil men de onderscheiding tussen legaat en last maken op de wijze, waarop het Gewijzigd ontwerp dat doet, dan zal men *onverbbiddelijk* moeten zijn in zijn eis, dat de bevoordeelde *ten tijde van des erflaters overlijden* bestaat en *individualiseerbaar* is (curs. NB).'<sup>98</sup>

De beschikking 'ik legateer aan de student van de Radboud Universiteit te Nijmegen met het beste examencijfer voor het vak erfrecht in het jaar na mijn overlijden de som van €1000',<sup>99</sup> was volgens het Gewijzigd Ontwerp dus geen legaat, maar een last. Overigens betekende 'onmiddellijk' ofwel 'ten tijde van des erflaters overlijden' niet

95. *Kamerstukken II 1962/63, 3771, 7, p. 19 (GO), Parl. Gesch. Vast. p. 742.*

96. *Kamerstukken II 1962/63, 3771, 6, p. 78 (MvA II), Parl. Gesch. Vast. p. 717.*

97. *Kamerstukken II 1964/65, 3771, 8, p. 50 (MO), Parl. Gesch. Vast. p. 743.*

98. *Kamerstukken II 1964/65, 3771, 8, p. 50 (MO), Parl. Gesch. Vast. p. 743.*

99. *Vgl. Rapport Commissie Erfrecht II, p. 169.*

dat er geen nader onderzoek kon worden uitgevoerd om de identiteit van de legataris vast te stellen:

'Overigens is het niet nodig, dat de identiteit *uitsluitend uit het testament* moet kunnen blijken; het kan noodzakelijk zijn, andere gegevens dan het testament alleen te raadplegen. In de casus van 'de plaatselijke pastoor' zal men elders zijn licht moeten opsteken ten einde tot identificatie te geraken. Als de bevoordeelde, bij voorbeeld, een kleinzoon is, in een ander werelddeel woonachtig, behoeven zijn personalia niet op de dag van het ontstaan van het vorderingsrecht reeds bekend te zijn. Wellicht is daartoe enig onderzoek nodig. Maar de noodzaak van enig onderzoek is een andere zaak dan dat nog *bepaalde voorwaarden* moeten zijn vervuld, voordat de bevoordeelde uit een bepaalde groep van personen, die als 'kanshebbers' mogen worden aangemerkt, naar voren optreedt (curs. NB).'<sup>100</sup>

Wat in het Gewijzigd Ontwerp dus evenwel *niet* was toegestaan, was het achterhalen van de identiteit van de legataris doordat er bepaalde voorwaarden moesten worden vervuld. Bijvoorbeeld de voorwaarde dat de legataris door een derde wordt aangewezen of de voorwaarde dat de legataris eerst een prijs moet winnen.<sup>101</sup> En dit alles dus omdat men het niet gewenst vond dat men gevallen met een vorderingsrecht zou moeten aanvaarden, waarin de dragen van dat recht zich eerst na vele jaren aandient.<sup>102</sup> Maar is dit nu wel zo bezwaarlijk? En wat als bijvoorbeeld een bepaalde termijn wordt gesteld waarbinnen de gedelegeerde de legataris moet hebben aangewezen, zodat men niet eerst na 'vele jaren' met het vorderingsrecht wordt geconfronteerd?

### 5.3.2.3. Geschrapte eis van onmiddellijke identificeerbaarheid

Vanuit de Commissie Erfrecht werd kritiek geleverd op de definitie van het legaat in het Gewijzigd Ontwerp. Wat voor de erfstelling geldt, behoeft huns inziens namelijk niet ook voor het legaat te gelden:

'Met het oog op de belangen van derden en de vereffening van de nalatenschap is het gewenst, dat niet onzeker is de identiteit van de erfgenaam. Daarom kan men billijken, dat de wetgever *de testeervrijheid in zover inperkt*, dat niet toegestaan is *een erfgenaam* te benoemen, wiens identiteit enige tijd in het onzekere blijft. Doch wanneer men ervan uitgaat, dat legaat geen eigendom, doch slechts een vordering tot afgifte geeft, is er geen reden ook ten aanzien van het legaat het vereiste te stellen, dat men aan de hand van het testament en de op het ogenblik van het overlijden bekende omstandigheden moet kunnen vertellen wie legataris is. Voldoende zij, dat *bepaalbaar* is wie legataris zal zijn (curs. NB).'<sup>103</sup>

Dat is klare taal. De (materiële) aard van de erfstelling verschilt wezenlijk van de (materiële) aard van het legaat. Het legaat roept immers slechts een vorderingsrecht in het leven en de identiteit van de legataris dient hiervoor niet onmiddellijk duidelijk te

100. *Kamerstukken II* 1964/65, 3771, 8, p. 50-51 (MO), *Parl. Gesch. Vast.* p. 743.

101. Vgl. het voorbeeld van 'de eerste winnaar van de Nobelprijs voor de vrede na mijn overlijden', zie *Kamerstukken II* 1959/60, 3771, 5, p. 9 (VV II), *Parl. Gesch. Vast.* p. 715.

102. *Kamerstukken II* 1964/65, 3771, 8, p. 50 (MO), *Parl. Gesch. Vast.* p. 743.

103. *Rapport Commissie Erfrecht II*, p. 169.

zijn. Zo zag later ook de minister in. Volgens hem is de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid meer op zijn plaats bij een erfstelling dan bij een legaat. Want:

'Bij erfstellingen vloeit het vereiste immers voort uit het stelsel dat bij het overlijden van de erflater diens goederen en schulden van rechtswege overgaan op zijn erfgenamen, hetzij de versterferfgenamen, hetzij de bij uiterste wil ingestelde. Met de gedachte van de memorie van antwoord II, dat hetzelfde vereiste ook voor legatarissen behoort te gelden en dat bij gebreke daarvan slechts sprake kan zijn van een last, kan de ondergetekende zich niet verenigen. *Uit de bestaanseis voor de legataris op het ogenblik van het overlijden volgt wel de onmisbaarheid van de mogelijkheid tot diens identificatie, maar niet dat deze identificatie al bij het openvallen van de nalatenschap moet kunnen geschieden.* Ook acht hij het geen bezwaar dat van een verplichting, die eerst na identificatie kan worden vervuld, ook pas na verloop van kortere of langere tijd nakoming kan worden gevorderd. Hetzelfde doet zich immers voor wanneer een verbintenis uit legaat tot betaling van een geldsom aan een persoon, wiens identiteit onmiddellijk na het overlijden wel is komen vast te staan, door een tijdsbepaling is opgeschort. Naar de mening van de ondergetekende ware artikel 4.4.2.1 bij de Invoeringswet derhalve alsnog in die zin te wijzigen dat het vereiste van onmiddellijke identificatie voor het legaat daaruit verdwijnt, bij voorbeeld door schrapping van de woorden 'daarbij aangewezen' uit het eerste lid (curs. NB).'<sup>104</sup>

De woorden 'daarbij aangewezen' zijn vervolgens dan ook uit art. 4:117 BW geschrapt.<sup>105</sup> Het is bij een legaat zodoende niet nodig dat de legataris bij het openvallen van de nalatenschap onmiddellijk moet kunnen worden geïdentificeerd. Het bepaaldheidsvereiste ten aanzien van het bepalen van de legataris lijkt dan ook soepel opgevat te kunnen worden, in die zin dat *bepaalbaarheid* voldoet. Dit biedt dan mogelijkheden om ten aanzien van de persoon van de legataris te delegeren. De minister merkt in de toelichting, betreffende art. 4:117 BW, echter op dat:

'Blijkens de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer, blz. 78, derde alinea, brengt de zinsnede «een of meer daarbij aangewezen personen» mede tot uitdrukking dat *de personen door de erflater zelf moeten zijn aangewezen*, en dat een verwijzing bij uiterste wil naar een elders gedane aanwijzing niet voldoende is. Het vervallen van de woorden «daarbij aangewezen» beoogt hierin *geen wijziging te brengen*; de gewijzigde bepaling spreekt immers van een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater een of meer personen een vorderingsrecht toekent (curs. NB).'<sup>106</sup>

F. Schols legt dit als volgt uit:

'Het schrappen van de woorden "daarbij aangewezen" heeft niet de bedoeling *ongeoorloofde delegatie* toe te staan dan wel vormvoorschriften opzij te zetten.'<sup>107</sup>

Mijns inziens kan in deze uitleg het woord 'ongeoorloofde' zelfs geheel weggelaten worden. In de zojuist aangehaalde Memorie van Toelichting op art. 4:117 BW schemert namelijk door dat delegatie ten aanzien van de legataris in het geheel onmogelijk is. Blijkens de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer brengt de term 'een of meer daarbij aangewezen personen' immers tot uitdrukking dat:

104. Kamerstukken I 1968/69, 3771, 133, p. 34 (MvA I), *Parl. Gesch. Vast.* p. 726.

105. Kamerstukken II 1981/82, 17141, 2, p. 17 (RO), *Parl. Gesch. Inv.* p. 2001.

106. Kamerstukken II 1981/82, 17141, 3, p. 58 (MvT), *Parl. Gesch. Inv.* p. 2001.

107. F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 239.

*'de personen door de erflater zelf moeten zijn aangewezen en dus niet door een ander, noch, buiten de bijzondere gevallen van artikel 4.3.2.2 leden 2-4, door omstandigheden intredende na zijn dood kunnen worden bepaald, maar ook dat niet voldoende is een verwijzing bij uiterste wil naar een aanwijzing die de erflater voor of nadien mondeling of in een niet aan de vormvereisten voldoende schriftuur heeft gedaan.'*<sup>108</sup>

In de Memorie van Toelichting wordt, zoals we zojuist zagen, met het schrappen van de woorden 'daarbij aangewezen' niet beoogd om verandering te brengen in het vereiste dat de legataris(sen) door de erflater zelf moet(en) zijn aangewezen en dat een verwijzing bij uiterste wil naar een elders gedane aanwijzing niet voldoende is.<sup>109</sup> Ofwel: de erflater moet zelf bepalen wie als legataris optreedt en mag dit niet overlaten aan een ander. Ondanks het vervallen van de woorden 'daarbij aangewezen' en het hierin gelegen vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid kan er zodoende niet 'gedelegeerd' worden ten aanzien van de legataris. De enige versoepeling die het schrappen van de woorden 'daarbij aangewezen' brengt, is de mogelijkheid om een legaat te maken waarin de legataris *door omstandigheden* intredende na erflaters dood wordt bepaald. De voorheen in een last geconverteerde beschikking ten voordele van de winnaar van de Nobelprijs voor de vrede in het jaar na erflaters overlijden, kan nu dus als rechtsgeldig legaat worden aangemerkt.<sup>110</sup>

Blijkens de Memorie van Toelichting kan een ander dus niet bepalen wie als legataris optreedt. Dit strookt mijns inziens niet met het *verbintenisrechtelijke* karakter van het legaat en het bepaaldheidsvereiste dat voor verbintenisrechtelijke verhoudingen geldt. Te weten een soepel bepaaldheidsvereiste, in die zin dat bepaalbaarheid, die nader ingekleurd kan worden aan de hand van subjectieve elementen, volstaat.<sup>111</sup>

#### 5.3.2.4. Legaat met keuzemogelijkheid (ten aanzien van de legataris)

In schril contrast met de zojuist aangehaalde Memorie van Toelichting en hetgeen hierin is opgemerkt over het door de erflater zelf aanwijzen van de legatarissen, staat de erkenning van de minister van 'het legaat met keuzemogelijkheid':

*'Het derde lid van artikel 4.3.1.2 regelt uitdrukkelijk dat een uiterste wilsbeschikking slechts door de erflater persoonlijk kan worden gemaakt. Daarmee blijft de mogelijkheid bestaan dat de erflater in zijn testament een derde aanwijst die zal bepalen wie van verscheidene door de erflater genoemde personen het legaat zal genieten. Wat de erflater niet is toegestaan is zijn beschikking afhankelijk te stellen van de willekeur van een ander (curs. NB).'*<sup>112</sup>

108. Kamerstukken II 1962/63, 3771, 6, p. 78 (MvA II), *Parl. Gesch. Vast.* p. 717.

109. Kamerstukken II 1981/82, 17141, 3, p. 58 (MvT), *Parl. Gesch. Inv.* p. 2001.

110. Zie ook Kamerstukken I 1968/69, 3771, 133, p. 34 (MvA I), *Parl. Gesch. Vast.* p. 726.

111. Zie paragraaf 4.3.4 'Art. 6:227 BW' en paragraaf 4.3.8 'Subjecten van de verbintenis: bepaald of bepaalbaar'.

112. Kamerstukken II 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771. Zie ook Kamerstukken II 1991/92, 17141, 11, p. 15 (VV II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771 en Zwalve 1983 naar aanleiding waarvan de vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer de vraag stelt. Vgl. ook art. 775 Wetboek



Getuige *deze* passage kan erflater het *toch* aan een ander overlaten om te bepalen wie als legataris optreedt. Dit doet naar mijn mening recht aan het verbintenissenrechtelijke karakter van het legaat en het soepele bepaaldheidsvereiste dat ten aanzien van verbintenissenrechtelijke verhoudingen geldt. Bepaalbaarheid volstaat. Indien de erflater meerdere personen noemt, kan hij de keuze wie van deze genoemde personen het legaat zal ontvangen, aan een ander overlaten.<sup>113</sup> Dit is in feite niet anders dan de in paragraaf 5.3.2.1 genoemde *alternatieve keuze* voor een erfgenaam of een derde om de legataris aan te wijzen uit door de erflater individueel of in een bepaalde hoedanigheid ('bijvoorbeeld mijn kinderen') genoemde personen. Dat een dergelijke alternatieve keuze is toegestaan, bleek ook reeds uit paragraaf 4.3.8.3.<sup>114</sup> Deze alternatieve keuze moet overigens worden onderscheiden van de in paragraaf 4.3.8.2 en paragraaf 5.3.2.1 genoemde 'vervangbaar gestelde persoon', waar sprake is van een indeplaatsstelling. De in paragraaf 5.3.2.1 in dit kader gestelde vraag of de erflater X tot legataris kan benoemen en aan X daarbij de bevoegdheid kan geven om een ander in zijn plaats te stellen (bijvoorbeeld 'X is legataris, tenzij X iemand anders als legataris aanwijst'), kan evenwel thans worden beantwoord aan de hand van bovengenoemde passage. Een 'subsidiare' aanwijzing door X zal mijns inziens mogelijk zijn indien erflater hierbij een *afgebakende groep van personen* noemt, waaruit X de keuze kan maken. Erflater dient anders gezegd, voor het geval de primaire legataris verwerpt, *zelf een subsidair legaat te maken* met als inhoud een alternatieve keuze voor X (die reeds het legaat had verworpen) uit een door erflater reeds afgebakende groep van personen.

#### 5.3.2.5. 'Nader te noemen legataris'

Kan de erflater nu ook een legaat maken en aan een derde de bevoegdheid geven om de legataris binnen vier weken na zijn overlijden aan te wijzen? Ofwel is het toegestaan om een legaat te maken waarin erflater bepaalt dat legataris zal zijn 'de binnen vier weken na mijn overlijden nader – door X – te noemen persoon'? Een persoon die op het moment van overlijden dus nog geheel *onbepaald* is. Ik stelde deze vraag reeds in paragraaf 5.3.2.1 en 4.3.8.4 waarin ik over de figuur van 'de nader te noemen meester' sprak, in het bijzonder de variant waarin de handelende persoon (X) zichzelf *niet* als 'meester' (begunstigde) kan aanwijzen. Zou dit laatste wel mogelijk zijn, dan is er mijns inziens een waarneembare gelijkenis met de figuur van de 'vervangbaar gestelde persoon'. De handelende persoon (X) zou dan opgevat kunnen worden als *primaire legataris*. Met betrekking tot de vraag of de primaire legataris een ander in zijn plaats kan stellen, indien hij zelf het legaat wenst te verwerpen, verwijst ik

Lodewijk Napoleon ingericht voor het Koninkrijk Holland, waarin wordt bepaald dat "Geen legaat kan gesteld worden aan de willekeur van den erfgenaam, of andere belaste personen, noch van een' derden; *doch de begroting van het gelegateerde kan wel aan de bescheidenheid en het redelijk oordeel van den belasten persoon worden overgelaten, of gemaakt worden onder eene voorwaarde, die van de daad van een' derden afhangt*" (curs. NB).

113. Vgl. hiermee § 2151 BGB, in subparagraaf 3.3.4.1 'Vermächtnis' onder A) 'Person des Vermächtnisnehmers'.

114. Indien de derde in gebreke blijft met het doen van een keuze wordt de rechtsbetrekking tussen de in aanmerking komende personen en de met de uitkering van het legaat belaste persoon geregeld door art. 3:300 BW en art. 4:123 BW. Zie *Kamerstukken II 1984/85, 17541, 7, p. 5 (VV II)* en *Kamerstukken II 1984/85, 17541, 8, p. 22-23*.

naar hetgeen ik in de vorige subparagraaf heb opgemerkt. Kort samengevat dient erflater dan zelf een subsidiair legaat te maken met als inhoud een alternatieve keuze voor X uit een door erflater afgebakende groep van personen.<sup>115</sup>

Wanneer X zelf *niet* als primaire legataris kan optreden ('voor nader te noemen meester' in plaats van 'voor zich of nader te noemen meester') is er op het moment dat de nalatenschap openvalt in het geheel nog geen sprake van een legaat, omdat een (primaire) legataris ontbreekt. Het bepaaldheidsvereiste verlangt evenwel dat het legaat een *bepaalbare* inhoud heeft.<sup>116</sup> Dat wil met name zeggen een bepaald of bepaalbaar subject (de legataris) en een bepaald of bepaalbaar object (het vorderingsrecht). Van een bepaald of bepaalbare subject (legataris) kan naar mijn mening geen sprake zijn wanneer de erflater (anders dan bijvoorbeeld het 'legaat met keuzemogelijkheid' waarbij een derde een keuze mag maken uit een *bepaalde* groep van personen), nog geen enkel idee heeft wie legataris zal zijn. Het legaat kan met andere woorden pas tot stand komen wanneer X een legataris noemt. De erflater heeft zelf dus geen legaat gemaakt. Het bepaaldheidsvereiste staat het met andere woorden niet toe dat erflater een legaat maakt ten gunste van een geheel *onbepaald* persoon. Dat zou in strijd zijn met de materiële aard van het legaat.<sup>117</sup>

In paragraaf 4.3.8.4 stelde ik voorts nog de vraag hoe de relatie tussen erflater (en na aanvaarding van de nalatenschap: diens erfgenamen) en X moet worden geduid. Anders dan bij de figuur van de 'nader te noemen meester', waarin de handelende persoon *aansprakelijk* kan zijn voor eventuele schade die zijn 'wederpartij' ondervindt (art. 3:70 BW), is er in het geval van de *onbepaalde* legataris *geen* sprake van een rechtsbetrekking (zoals bijvoorbeeld volmachtverlening) tussen de erflater/ erfgenamen en X. X kan zodoende evenmin aansprakelijk worden gesteld voor het geval hij geen keuze maakt. Er is immers in het geheel geen sprake van een rechtsgeldig legaat.

### 5.3.3. Het object van het legaat: delegatie ten aanzien van de omvang van het legaat?

#### 5.3.3.1. Bepaalbaarheid

In hoeverre is het mogelijk om het object van het legaat, ofwel de inhoud van het vorderingsrecht, nader te laten bepalen door een ander, zoals een erfgenaam of een derde? Voor het antwoord op deze vraag kan worden aangeknoopt bij hetgeen reeds is

115. Sowieso kan erflater natuurlijk ook een alternatief legaat maken, waarin X tot de groep van afgebakende personen behoort en waarbij X de bevoegdheid krijgt om uit deze groep ook zichzelf als legataris aan te wijzen.

116. Het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor het legaat is hetzelfde bepaaldheidsvereiste als bijvoorbeeld voor de schenkingsovereenkomst geldt. Te weten het bepaaldheidsvereiste als bedoeld in art. 6:227 BW: *bepaalbaarheid* voldoet en bij het nader vaststellen van de inhoud van de rechtshandeling is er zelfs ruimte voor een subjectief element, zoals het oordeel van een derde. Zie over dit bepaaldheidsvereiste uitgebreid paragraaf 4.3.4. e.v.

117. Hiertoe zou men ook kunnen oordelen vanuit de gedachte dat de figuur van de nader te noemen meester een bijzondere figuur van *vertegenwoordiging* betreft en dit in het erfrecht niet is toegestaan op grond van art. 4:42 lid 3 BW. Het is dan immers in feite de legataris die het legaat *maakt*.

opgemerkt met betrekking tot art. 6:227 BW in de paragrafen 4.3.4 t/m 4.3.7. Het legaat is immers, evenals bijvoorbeeld de koop- of schenkingsovereenkomst, een *bron van verbintenissen*. Het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor het legaat is dan ook hetzelfde als het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor bijvoorbeeld de schenking. Ofwel: bepaalbaarheid voldoet en er is ruimte voor subjectieve elementen, zoals het oordeel van een derde.<sup>118</sup> Althans voorzover Boek 4 BW niet uitdrukkelijk anders bepaalt. En dit doet Boek 4 BW niet.<sup>119</sup>

Art. 6:227 BW brengt mee dat het object van een verbintenis *niet* steeds in alle bijzonderheden hoeft te zijn bepaald. *Bepaalbaarheid* voldoet. Het is zodoende mogelijk om de inhoud van het vorderingsrecht (het legaat) later, na het openvallen van de nalatenschap, te concretiseren. Dit kan door middel van het verlenen van een *keuzebevoegdheid* aan een derde. Ik verwijs hiervoor naar hetgeen ik hierover opmerkte met betrekking tot de facultatieve verbintenis (paragraaf 4.3.6.2), de alternatieve verbintenis (paragraaf 4.3.6.3) en de generieke verbintenis of soortverbintenis (paragraaf 4.3.6.4). De hierin gelegen keuzebevoegdheden kunnen ervoor zorgen dat een *bepaalbare* verbintenis uiteindelijk (definitief) *bepaald* wordt. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk om:

1. Goed A te legateren of, indien de legataris of bijvoorbeeld een derde *in plaats* van goed A liever goed B verkiest, goed B (facultatief).
2. Goed A of goed B te legateren, dit ter keuze van de legataris, van een erfgenaam of van een derde (alternatief).
3. 10 flessen wijn uit de boedel te legateren (generiek), waarbij bijvoorbeeld de erfgenamen uiteindelijk de flessen wijn die bestemd zijn voor de legataris moeten kiezen (met inachtneming van art. 6:28 BW 'niet beneden goede gemiddelde kwaliteit').

De alternatieve en facultatieve, evenals de generieke, verbintenis zijn mijns inziens een *species* van het '*bindend oordeel*'. Hiervoor verwijs ik naar hetgeen ik heb opgemerkt in paragraaf 4.3.7.

Wil men in de uiterste wil gebruik maken van de figuur van het '*bindend oordeel*', hetgeen is toegestaan op grond van art. 7:906 lid 1 BW, dan dient telkens te worden beseft dat de bevoegdheidsverlening waarmee het bindend oordeel kan worden gegeven, *passend* moet zijn *binnen het gesloten stelsel*.<sup>120</sup> Art. 4:42 lid 1 BW bepaalt immers dat enkel de beschikkingen die in Boek 4 BW geregeld zijn of in de wet als zodanig worden aangemerkt uiterste wilsbeschikkingen zijn. De mogelijkheid om, bijvoorbeeld, een derde een bindend oordeel te laten geven waarmee hij de omvang van het legaat nader concretiseert, moet met andere woorden deel uitmaken van het legaat. Bijvoorbeeld: 'Ik legateer aan de Bachi Amaa Foundation, ten behoeve van het bouwen van een huis voor weeskinderen, de som, die mijn broer, na overleg met mijn

118. Zie paragraaf 4.3.4 'Art. 6:227 BW'.

119. In het verslag van Rookmaker 2013b, p. 19 wordt zelfs gewezen op een mogelijk aanknopingspunt in Boek 4 BW voor 'delegatievrijheid bij legaten', namelijk art. 4:51 BW.

120. Zie ook 2.2.3 'Passend binnen het gesloten stelsel'.

erfgenamen, zal bepalen.<sup>121</sup> Of zij moet als een reeds door de wet erkende uiterste wilsbeschikkingen zijn verwoord. Bijvoorbeeld als een 'last': 'Ik legateer aan mijn broer een geldbedrag van € 100.000, onder de verplichting om dit geldbedrag naar zijn redelijk oordeel, binnen tien jaar na mijn overlijden, uit te keren aan de Bachi Amaa Foundation, stichting Alzheimer en CliniClowns.'<sup>122</sup>

### 5.3.3.2. Keuzelegaat (ten aanzien van de omvang van het vorderingsrecht)

Een in de testamentenpraktijk veel voorkomend legaat met *keuzebevoegdheid* is het zogenoemde keuzelegaat. Het betreft een legaat waarbij de legataris (vaak de langstlevende echtgenote) de vrije keuze heeft uit bepaalde of alle goederen van de nalatenschap. Bijvoorbeeld: 'ik legateer aan mijn echtgenote de volle eigendom van de tot mijn nalatenschap behorende goederen *die zij zal verkiezen*, onder verplichting tot inbreng van de waarde daarvan' of 'ik legateer aan mijn echtgenote die afzonderlijke goederen behorende tot mijn nalatenschap *welke zij kiest*.' De variant van het vruchtgebruiklegaat van de nalatenschap *of een zodanig gedeelte als de legataris zal verkiezen*, wordt ook dikwijls in uiterste willen bespeurd.

Het keuzelegaat kan mijns inziens worden beschouwd als een vorm van de hierboven in paragraaf 5.3.3.1 genoemde alternatieve verbintenis (vgl. ook paragraaf 4.3.6.3).<sup>123</sup>

Het keuzelegaat wordt algemeen geaccepteerd en niet als een verboden wilsdelegatie beschouwd.<sup>124</sup> Overigens kan worden betwijfeld of bij het keuzelegaat überhaupt wel van wilsdelegatie sprake is. Verdedigd kan worden dat het bij het keuzelegaat net zoveel legaten betreft als goederen en dat een legataris nu eenmaal op grond van de wet bevoegd is om het ene legaat te aanvaarden en het andere te verwerpen (art. 4:201

121. Vergelijk hiermee bijvoorbeeld ook de *schenking*, waarin ik aan de Bachi Amaa Foundation, ten behoeve van het bouwen van een huis voor weeskinderen, een geldbedrag schenk dat naar het oordeel van het bestuur van deze stichting nodig is om het huis te kunnen bouwen. Vgl. voorts § 2156 BGB, *das Zweckvermächtnis*. De erflater hoeft enkel *het doel* van het legaat te bepalen: 'Der Erblasser kann bei der Anordnung eines Vermächtnisses, dessen Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerzten oder eines Dritten überlassen. Auf ein solches Vermächtnis finden die Vorschriften der §§ 315 bis 319 entsprechende Anwendung (curs. NB).'

122. Vgl. HR 30 september 1925, PW 12040 en HR 2 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AX6609, BNB 1966/106.

123. Art. 6:17 BW: '1. Een verbintenis is alternatief, wanneer de schuldenaar verplicht is tot één van twee of meer verschillende prestaties ter keuze van hemzelf, van de schuldeiser of van een derde. 2. De keuze komt toe aan de schuldenaar, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling anders voortvloeit.'

124. *Kamerstukken I* 2001/02, 27021, 111a, p. 6 (MvA I bezemwet), *Parl. Gesch. Inv.*, p. 1564: 'Waar een keuzelegaat naar huidig recht algemeen geacht wordt geen ongeoorloofde delegatie van de laatste wil in te houden (zo ook Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 80), zie ik voorts geen reden om aan te nemen dat zulks anders zou zijn onder het nieuwe erfrecht, ook niet als het gaat om een keuzelegaat in combinatie met de wettelijke verdeling. Inderdaad zou de echtgenoot daarbij kunnen bepalen of hij – bij verwerping van de nalatenschap c.q. ongeaandmaking van de wettelijke verdeling – alle goederen der nalatenschap als legataris verkrijgt zonder verplichting tot inbreng, dan wel of hij genoegen neemt met de wettelijke verdeling en de bijbehorende vorderingen van de kinderen. Echter, ook bij een gewoon (niet-keuze)legaat van de gehele nalatenschap, of bij afzonderlijke legaten van alle afzonderlijke goederen der nalatenschap, kan de echtgenoot door al of niet verwerping daarvan dezelfde gevolgen bereiken.'

BW).<sup>125</sup> Op deze manier kan hij de goederen verkrijgen, die hij wenst. Van wilsdelegatie is dan geen sprake.<sup>126</sup>

Toch moet ook dan, indien een keuzelegaat op zich niet als wilsdelegatie wordt beschouwd, beseft worden dat door het opnemen van meerdere *soorten* keuzelegaten in één uiterste wil, van wilsdelegatie wel degelijk sprake kan zijn. Dat zien we bijvoorbeeld in Hof Amsterdam 21 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR1599.

### 5.3.3.3. Keuzelegaat al dan niet tegen inbreng

In Hof Amsterdam 21 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR1599 werd aan de *tuchtrechter* een uiterste wil voorgelegd met daarin vier keuzelegaten ten behoeve van erflaters echtgenote, te weten:

1. een keuzelegaat volle eigendom tegen inbreng van de waarde;
2. een keuzelegaat vruchtgebruik tegen inbreng van de waarde;
3. een keuzelegaat volle eigendom vrij van inbreng van de waarde;
4. een keuzelegaat vruchtgebruik vrij van inbreng van de waarde.

Klagers stellen zich in deze tuchtrechtelijke zaak onder meer op het standpunt dat de uiterste wil van de erflater niet voldoet aan het bepaaldheidsvereiste en dat het een *verboden* wilsdelegatie inhoudt. In zijn beslissing volgt het hof de uitspraak van de Kamer van Toezicht Rotterdam van 13 augustus 2009.<sup>127</sup> Deze oordeelt, voor wat de toelaatbaarheid van de keuzelegaten betreft, dat geen sprake is van strijd met het bepaaldheidsvereiste of verboden wilsdelegatie. 'De gekozen legaatvormen zijn immers *niet in strijd met de wet*', aldus de tuchtrechter.

Vanuit het civiele recht bekeken, kan inderdaad worden gezegd dat de afzonderlijke legaatvormen niet in strijd zijn met het bepaaldheidsvereiste (zie hiervoor paragraaf 5.3.3.1). Het keuzelegaat kan bovendien worden gezien als het gesepareerd legateren van alle of bepaalde goederen van de nalatenschap. De legataris is dan bevoegd om het ene legaat te aanvaarden en het andere te verwerpen (art. 4:201 BW). Op deze manier kan de legataris de goederen verkrijgen die hij wenst.

Het is mij niet duidelijk geworden of de erflater in casu, met de bovengenoemde verschillende *soorten* keuzelegaten, de bedoeling heeft gehad om zijn echtgenote één optie te laten kiezen (resp. te aanvaarden). Ik kan mij voorstellen dat erflater *naast* het keuzelegaat volle eigendom (al dan niet tegen inbreng van de waarde) ook het vruchtgebruik van zijn nalatenschap (al dan niet tegen inbreng van de waarde) legateert. Dit uiteraard met uitzondering van de goederen die op grond van het keuzelegaat volle eigendom worden verkregen. Een keuzelegaat *volle eigendom* (al dan niet tegen inbreng van de waarde) en een keuzelegaat *vruchtgebruik* (al dan niet tegen inbreng van de waarde) kunnen anders gezegd *naast* elkaar bestaan. Nóg anders gezegd kunnen van bovengenoemde opties, optie 1 en 2, of optie 3 en 4 en zelfs optie 1

125. Art. 4:201 lid 1 BW bepaalt dat een legaat verkregen wordt zonder dat een aanvaarding nodig is, behoudens de bevoegdheid van de legataris om het legaat te verwerpen zolang hij het niet aanvaard heeft.

126. Kraan 1989, p. 428. Zie over het keuzelegaat en wilsdelegatie ook Bauduin 2012c.

127. KvT Rotterdam 13 augustus 2009, ECLI:NL:TNOKROT:2009:YC0398.

en 4 of optie 2 en 3, ten aanzien van verschillende goederen, naast elkaar worden gelegateerd. Geldt dit ook voor de keuze uit een keuzelegaat volle eigendom resp. vruchtgebruik *tegen inbreng* van de waarde en een keuzelegaat volle eigendom resp. vruchtgebruik *zonder inbreng* van de waarde? Ofwel, anders gezegd, gaan de opties 1 en 3, of 2 en 4 samen? Met een dergelijke keuze zou de echtgenote het geheel in eigen hand hebben om te bepalen of zij de waarde van hetgeen zij verkrijgt al dan niet in de nalatenschap inbrengt. Zij kan anders gezegd, als ik mij in termen van het *overeenkomstenrecht* uitdruk, bepalen of er sprake is van een 'koop' (legaat tegen inbreng van de waarde) of van een 'schenking' (legaat zonder inbreng van de waarde): 'kies maar tussen koop of schenking'. En als ik mij vervolgens weer in erfrechtelijke termen uitdruk: 'bepaal maar of het *sublegaat* werkt of niet.'

Is een dergelijke (alternatieve) keuze, waarmee een ander het in de hand heeft om te bepalen of er een sublegaat is of niet, nog wel een toelaatbare keuze? Deze vraag dient mijns inziens niet te worden beantwoord aan de hand van het bepaaldheidsvereiste. Zij heeft immers geen betrekking op *de inhoud* van de afzonderlijke soorten legaten, maar op hun onderlinge samenhang. Meer in het bijzonder op hun *werking*: 'er is een sublegaat, *tenzij* je dit niet wilt'<sup>128</sup> of 'er is een sublegaat, *indien* je dit wilt'. In hoeverre het is toegestaan om *de werking* van een uiterste wilsbeschikking door een ander te laten bepalen, behandel ik in hoofdstuk 6.

#### 5.3.4. Tussenconclusie

De aard van het legaat is gelegen in het toekennen van een vorderingsrecht aan een of meer personen. Daarmee is het legaat, evenals bijvoorbeeld de koop- of schenkings-overeenkomst, een bron van verbintenissen. De regels van Boek 6 BW zijn dan ook op het legaat van toepassing, althans voorzover Boek 4 BW niet anders bepaalt. Dit doet Boek 4 BW mijns inziens enkel ten aanzien van een indeplaatsstelling of aanwijzing van een nog geheel *onbepaald* persoon. Een dergelijke indeplaatsstelling is in het verbintenisrecht wel toegestaan (vgl. de koop voor zich of nader te noemen meester). Zij is mijns inziens in het erfrecht echter in strijd met de aard van het legaat. Hiertoe behoort namelijk niet alleen een bepaalbaar object (de omvang van het legaat), maar ook een bepaalbaar subject (de legataris). Beide zijn immers *onderwerp* van het legaat. Wat evenwel niet in strijd is met de aard van het legaat is het legaat met keuzemogelijkheid ten aanzien van de legataris, waarbij erflater een afgebakende groep van personen noemt waaruit de keuze kan worden gemaakt. Dit sluit mijns inziens ook aan bij het soepele bepaaldheidsvereiste dat geldt voor verbintenisrechtelijke verhoudingen. *Bepaalbaarheid* voldoet.

Het bepaaldheidsvereiste dat geldt met betrekking tot het object het legaat (de omvang van het legaat) is hetzelfde als het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor bijvoorbeeld de schenking. Ofwel: bepaalbaarheid voldoet en er is ruimte voor subjectieve elementen, zoals het oordeel van een derde (art. 6:227 BW).<sup>129</sup>

128. Of *tenzij* je *verwerpt*. Een legaat kan altijd worden verworpen, waardoor in feite wilsdelegatie kan worden *verwezenlijkt*.

129. Bovendien dient te worden gerealiseerd dat een *legataris* op grond van de wet bevoegd is om een legaat te aanvaarden of te verwerpen (art. 4:201 BW). Op deze manier kan een legataris eveneens de goederen verkrijgen die hij wenst.

Kortom: wilsdelegatie ten aanzien van de inhoud van het legaat is, binnen de kaders van het bepaaldheidsvereiste ofwel binnen kaders die bepaalbaar zijn, toegestaan.

Onder het oude erfrecht was de grens tussen legaten en testamentaire lasten niet eenvoudig te trekken. De heersende leer kende bijvoorbeeld een vorderingsrecht toe aan degene die op grond van een last iets verkreeg.<sup>130</sup> Met de komst van het huidige Boek 4 BW is dit veranderd. Indien erflater thans in zijn uiterste wil aan iemand een vorderingsrecht toekent, is die persoon legataris (art. 4:117 BW). De testamentaire last schept namelijk slechts een verplichting in het leven, die niet bestaat in de uitvoering van een legaat (art. 4:130 BW).<sup>131</sup> Welk bepaaldheidsvereiste past er bij deze aard van de testamentaire last?

## 5.4. Testamentaire last

### 5.4.1. Inleidend

De testamentaire last wordt in art. 4:130 lid 1 BW omschreven als:

'Een testamentaire last is een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan de gezamenlijke erfgenamen of aan een of meer *bepaalde* erfgenamen of legatarissen een *verplichting* oplegt, die niet bestaat in de uitvoering van een legaat (curs. NB).'

De materiële aard van de testamentaire last (hierna te noemen 'de last') is daarin gelegen dat hij een verplichting in het leven roept, waarvan geen nakoming kan worden gevorderd.<sup>132</sup> Dit onderscheidt de last van het legaat. Een legaat houdt immers wel een vorderingsrecht tot nakoming in. Omdat van de last geen nakoming kan worden gevorderd, is de last ook geen schuld van de nalatenschap als bedoeld in art. 4:7 BW.<sup>133</sup>

Een last kan worden gemaakt in het morele belang van erflater, in het belang van de erfgenaam of legataris of in het belang van een derde.<sup>134</sup> Een last kan enkel worden opgelegd aan de gezamenlijke erfgenamen, aan een of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen, dan wel, zo bepaalt art. 4:130 lid 2 BW, aan een executeur.

Indien de lastverplichting door de betrokken erfgenamen of legatarissen niet wordt nagekomen, voorziet de wet in een sanctie, te weten de vervallenverklaring van art. 4:131 BW. Hierin schemert door dat de last in wezen niets anders is dan een ontbindende *voorwaarde*.

130. Zie over de last in het oude erfrecht ook Kolkman 2006, p. 176 e.v.

131. Zie ook Breemhaar 1992, nr. 163 voor het verschil tussen legaat en testamentaire last.

132. Zie over de last: Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 409 e.v.; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 238; F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 198 e.v.; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 210 e.v.

133. Vergelijk *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 29 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 2000. In sommige erfrechtelijke bepalingen wordt de verplichting uit een last overigens wel gelijkgesteld met schulden uit een legaat. Vergelijk art. 4:13 lid 2 BW, art. 4:130 lid 3 jo. 4:120 BW en art. 4:211 lid 1 BW.

134. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 214. Zie ook Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 410.

### 5.4.2. *Last als verplichting om....*

Met de last legt erflater een verplichting op om bijvoorbeeld iets te geven, of om iets te doen of iets te dulden.

Een voorbeeld van een last die verplicht om iets te geven, is de verplichting voor de erfgenamen om binnen twee jaren na erflaters overlijden € 100.000,- uit te keren aan een fonds dat de belangen van gehandicapten behartigt. De verplichting bestaat dus uit het uitkeren van een bepaald geldbedrag aan een fonds dat de belangen van gehandicapten behartigt. De verplichting is met andere woorden het bewerkstelligen van een *verkrijging*. Een voorbeeld van een last die verplicht om iets te doen, is de verplichting voor de erfgenamen om binnen twee jaar na erflaters overlijden een monument voor erflater op te richten. Of de verplichting om voor een huisdier te zorgen, of een bepaalde reis te maken. En een voorbeeld van een last die verplicht om iets te dulden, is het toedelen van een vordering aan een kind (dat erfgenaam is), die ten laste komt van moeder, onder de verplichting om deze vordering niet eerder op te eisen dan na moeders overlijden.

Welke mate van bepaaldheid geldt voor de last? Ofwel in hoeverre moet de verplichting (die met de last in het leven wordt geroepen) door erflater zijn bepaald? En is er ruimte voor wilsdelegatie? In onderstaande paragrafen ga ik op deze vragen in.

Omdat de last, net zoals de erfstelling en het legaat, tot een *verkrijging* kan leiden, zal ik hierbij een onderscheid maken tussen:

1. De last die leidt tot de verplichting om iets te geven en hiermee een verkrijging kan bewerkstelligen. Deze last zou ook kunnen worden geduid met de term '*vermogensrechtelijke last*'.<sup>135</sup>

De vermogensrechtelijke last staat centraal in de paragrafen 5.4.3 en 5.4.4. In lijn met de paragrafen over de erfstelling (paragraaf 5.2.2 en 5.2.4) en het legaat (paragraaf 5.3.2 en 5.3.3), zal ik hierbij spreken van het subject van de verkrijging en het object van de verkrijging. Met het subject van de verkrijging doel ik dan op degene die op grond van de last iets kan verkrijgen (ook wel 'lastbevoordeelde'<sup>136</sup> genoemd). Met het object van de verkrijging doel ik op de verplichting die resulteert in de verkrijging. In hoeverre kan een ander dit subject resp. object van de verkrijging bepalen?

2. De last die leidt tot de verplichting om iets te doen resp. te dulden. In hoeverre een ander deze verplichting kan inkleuren, komt in paragraaf 5.4.6 aan bod.

### 5.4.3. *Het subject van de verkrijging: delegatie ten aanzien van degene die verkrijgt*

#### 5.4.3.1. Inleidend

Deze (paragraaf 5.4.3) en de volgende paragrafen (paragraaf 5.4.4 en 5.4.5) zien op de last die een verkrijging beoogt te bewerkstelligen (de vermogensrechtelijke last).

135. Deze term ontleen ik aan Kolkman 2006, p. 182.

136. Deze term is ietwat beladen. Als een erflater een persoon wil bevoordelen is het passender om een *legaat* te maken. Een legaat houdt immers een vorderingsrecht tot nakoming in. Bovendien kan met de omschrijving van de last pers saldo worden bewerkstelligd dat de last ook drukt op degene die erflater met een last zou willen bevoordelen. Zie F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 198.



Wanneer ik hierna spreek van 'de last', doel ik derhalve steeds op de last die tot een verkrijging leidt. In hoeverre kan een ander bepalen wie op grond van een last iets kan verkrijgen? Deze vraag staat hierna centraal.

Hierbij dient telkens te worden gerealiseerd dat, ondanks dat de last geen vorderingsrecht tot nakoming inhoudt, voor de last wel het bepaaldheidsvereiste geldt. De last is immers een uiterste wilsbeschikking, ofwel een eenzijdige rechtshandeling (vgl. art. 4:42 lid 1 BW). En het bepaaldheidsvereiste geldt voor *alle* rechtshandelingen, dus ook voor alle uiterste wilsbeschikkingen.<sup>137</sup>

#### 5.4.3.2. Geen vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid

Bij de behandeling van de materiële aard van de erfstelling merkte ik in paragraaf 5.2.2.1 reeds op dat het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid aansluit bij de bestaanseis van art. 4:56 lid 1 eerste zin BW. Art. 4:56 lid 1 eerste zin BW bepaalt dat:

*'Om aan een making een recht te kunnen ontlenen, moet men bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt (curs. NB).'*

Ik haalde vervolgens een citaat van Breemhaar aan. In dit citaat wordt door Breemhaar onder andere opgemerkt dat ten aanzien van *de uitzonderingen op de bestaanseis*, zoals bijvoorbeeld de uitzonderingen voor de tweetrapsmaking in art. 4:56 leden 2-4 BW, het vereiste van *onmiddellijke identificeerbaarheid ook uitzondering* moet lijden.<sup>138</sup> Voor de beschikkingen waarvoor de bestaanseis niet geldt, geldt met andere woorden ook geen vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid. Dat is, zoals ik reeds in paragraaf 5.2.2.1 opmerkte, logisch. Bestaat men nog niet op het moment dat de nalatenschap openvalt, dan kan men ook niet onmiddellijk geïdentificeerd worden. Hoeft men zodoende nog niet te bestaan op het moment dat de nalatenschap openvalt, dan hoeft men op dat moment ook niet onmiddellijk identificeerbaar te zijn.

De last is geen making en voor hem geldt het bestaansvereiste zodoende niet. De last kan dan ook worden gebruikt om ongebornen (bijvoorbeeld kleinkinderen die na het overlijden van opa of oma geboren worden),<sup>139</sup> uit de nalatenschap te laten verkrijgen. Uiteraard dient hierbij wel te worden gerealiseerd dat, zoals reeds opgemerkt, een vorderingsrecht tot nakoming voor hen ontbreekt. Welnu de bestaanseis voor 'lastbevoordeelden'<sup>140</sup> niet geldt, geldt de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid voor hen evenmin. Degenen die op grond van een last iets uit de nalatenschap verkrijgen, hoeven op het moment van erflaters overlijden dan ook niet onmiddellijk te worden geïdentificeerd. Er geldt ten aanzien van het bepalen van deze personen dus geen strikt bepaaldheidsvereiste, in de zin dat erflater deze personen in zijn uiterste wil volledig moet hebben bepaald. De last roept immers ook geen goederenrechtelijke verhou-

137. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895. Zie ook *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123. Zie ook paragraaf 2.2.2.4 'Bepaaldheidsvereiste'.

138. Breemhaar 1992, nr. 127.

139. Denk aan de zogenoemde 'ik-opa-clausule'.

140. Zie mijn opmerking in voetnoot 136 van dit hoofdstuk.

ding,<sup>141</sup> doch slechts een verplichting in het leven. Zoals gezegd geldt er voor de testamentaire last wel een bepaaldheidsvereiste. De testamentaire last is immers een rechtshandeling en het bepaaldheidsvereiste geldt voor alle rechtshandelingen. Is dit bepaaldheidsvereiste dan soepel? Voldoet bijvoorbeeld, net zoals bij het legaat, *bepaalbaarheid* en kan na erflaters overlijden een keuze worden gemaakt uit een door erflater afgebakende kring van personen? En in *welke mate* zou deze kring dan afgebakend moeten zijn? Dient erflater deze groep af te bakenen door het noemen van een specifieke hoedanigheid (vgl. hierboven de ongeboren 'kleinkinderen'), of is er zelfs nog meer ruimte en kan erflater volstaan met bijvoorbeeld het noemen van *het doel* dat moet worden nagestreefd? Bijvoorbeeld: 'ik legateer een geldbedrag van € 500,- aan X, onder de verplichting dat hij dit uitkeert aan een stichting die de belangen van gehandicapten behartigt.'

Perrick merkt in dit kader op dat wanneer erflater een erfgenaam of legataris een last ten voordele van niet individueel aangewezen personen oplegt, hij in zijn uiterste wil een richtsnoer zal moeten aangeven, waaraan de bevoordeelden moeten voldoen. De keus van de bevoordeelden mag de erflater volgens Perrick namelijk niet aan de *willekeur* van de erfgenaam of legataris overlaten, omdat het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wil dit met zich brengt.<sup>142</sup> In het eerste deel van dit onderzoek heb ik uiteengezet dat het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking, zoals dat tot uitdrukking komt in art. 4:42 lid 3 BW, slechts betrekking heeft op het *maken* van een uiterste wilsbeschikking (formeel aspect).<sup>143</sup> Art. 4:42 lid 3 BW zegt daarmee niets over de mogelijkheid om (hoogst)persoonlijk gemaakte delegatiebevoegdheden te verlenen. Hiervoor is mijns inziens het bepaaldheidsvereiste doorslaggevend (paragraaf 3.5). Hoe het bepaaldheidsvereiste zich tot *willekeur* verhoudt werd al enigszins zichtbaar in de casus van Hof Arnhem 10 januari 1934, *NJ* 1934/p. 1205 (paragraaf 4.3.3.2) en paragraaf 4.3.5, waarin ik de rol van de redelijkheid en billijkheid voor de bepaaldheid van verbintenissen aanstipte. Kort gezegd kan de redelijkheid en billijkheid de subjectieve invulling van degene die de uiterste wilsbeschikking nader inkleurt, objectiveren. De redelijkheid en billijkheid voorkomt daarmee dat willekeurig wordt gehandeld.<sup>144</sup> Omdat de redelijkheid en billijkheid in het gehele vermogensrecht een pregnante plaats inneemt, hoeft willekeur mijns inziens niet al te gauw te worden gevreesd. Op het bepaaldheidsvereiste en de verhouding tot willekeur, kom ik hierna, in hoofdstuk 6, ook nog kort terug.

#### 5.4.3.3. Geen goederenrechtelijke noch verbintenisrechtelijke verhoudingen

De last betreft, zoals in de vorige paragraaf is opgemerkt, geen goederenrechtelijke verhoudingen en het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid geldt voor de last

141. De vervallenverklaring als bedoeld in art. 4:131 BW heeft overigens wel goederenrechtelijk effect (maar geen terugwerkende kracht, art. 3:38 lid 2 BW).

142. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 215.

143. Hoofdstuk 3 'Het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke'.

144. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 175 waarin is opgemerkt dat een verbintenis niet afhangt van de *willekeur* van een schuldenaar indien deze heeft gehandeld met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid.

niet.<sup>145</sup> Het bepaaldheidsvereiste voor de last is dan ook niet zo *strikt* als het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor de erfstelling. Erflater hoeft anders gezegd degenen die op grond van de last verkrijgen in zijn uiterste wil niet *zelf* te hebben aangewezen. Er is ruimte voor bepaalbaarheid. Is dit dezelfde bepaalbaarheid als geldt voor legatarissen?

In paragraaf 5.3.2 zagen we dat het bepaaldheidsvereiste voor wat de legatarissen betreft, soepel opgevat kan worden, in die zin dat 'erflater in zijn uiterste wil een derde aanwijst die zal bepalen wie van verscheiden door de erflater genoemde personen het legaat zal genieten (curs. NB)'.<sup>146</sup> Ofwel de legataris is voldoende bepaald wanneer erflater de groep van personen, waaruit een ander de legataris vervolgens kan aanwijzen, afbakt door het noemen van de personen bij naam of in hoedanigheid ('bijvoorbeeld mijn kinderen'). Dient voor het bepalen van degenen die op grond van een last verkrijgen ook een groep van potentiële verkrijgers door de erflater in zijn uiterste wil te worden genoemd? Of leidt de aard van de last, te weten het in het leven roepen van een verplichting waarvan geen nakoming kan worden gevorderd, ertoe dat de bepaalbaarheid voor de last nog soepeler kan worden opgevat en bijvoorbeeld ook kan omvatten het noemen van een of meerdere doelen?<sup>147</sup> De aard van de last verzet zich mijns inziens hiertegen niet. De last betreft immers evenmin verbintenisrechtelijke verhoudingen. Hij roept enkel een verplichting in het leven, zonder vorderingsrecht. Art. 4:130 BW laat zich voorts ook niet expliciet uit over het subject van de verkrijging. Anders dan bijvoorbeeld het geval is bij het legaat, waarin in art. 4:117 BW wordt gesproken van 'een of meer personen'. Dat art. 4:130 BW niets over het subject van de verkrijging zegt, is overigens ook niet vreemd. Een last heeft immers niet steeds het oogmerk om iemand iets te laten verkrijgen, doch roept slechts een verplichting in het leven (die kan resulteren in een verkrijging). De last kan, zoals in paragraaf 5.4.2 is opgemerkt, ook de verplichting inhouden om bijvoorbeeld een monument voor erflater op te richten of om voor een huisdier te zorgen.

Het gegeven dat de last noch goederenrechtelijke, noch verbintenisrechtelijke verhoudingen betreft, zou erop kunnen duiden dat het bepaaldheidsvereiste voor het bepalen van degenen die op grond van een last verkrijgen soepeler is dan voor het bepalen van de erfgenamen (bepaald persoon) of legatarissen (groep van bepaalde personen, waaruit vervolgens een derde de persoon die verkrijgt kan aanwijzen). Er is immers geen goederenrechtelijke aanspraak, noch een vorderingsrecht. Niettemin geldt er voor de last, zoals gezegd, wel een bepaaldheidsvereiste. Dat lijkt mij ook nodig voor bijvoorbeeld de rechter die wegens niet-uitvoering van de last de vervallenverklaring uitspreekt (art. 4:131 lid 2 BW). Dat het bepaaldheidsvereiste voor de last evenwel soepeler is dan voor de erfstelling of het legaat wordt duidelijk bij de bestudering van jurisprudentie van de Hoge Raad. Het betreft overigens jurisprudentie van (ver) vóór 1 januari 2003, waarbij derhalve de kanttekening moet worden gemaakt dat er onder het oude erfrecht lasten waren die thans als legaten worden aangemerkt. Onderscheidend criteria hierbij, naar geldend recht, is het al dan niet bestaan van een

145. Zie evenwel mijn opmerking in noot 141 van dit hoofdstuk.

146. *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771.

147. Vgl. TM Boek 4 BW, p. 343: 'Een last kan opgelegd worden in het belang van de bezwaarde zelf, voor het zieleheil of de nagedachtenis van de overledene, voor het bereiken van een bepaald doel [...].'

vorderingsrecht tot nakoming. Kan er nakoming worden gevorderd, dan is sprake van een legaat. Is dit niet het geval, dan is sprake van een last. In onderstaande voorbeelden, die onder oud erfrecht als last zijn aangemerkt, kan dan ook telkens de vraag worden gesteld of erflater hiermee een vorderingsrecht tot nakoming (legaat) voor ogen stond en of zij dan, zo geformuleerd, door de beugel kunnen.

#### 5.4.3.4. HR 30 september 1925, PW 12040

In HR 30 september 1925, PW 12040 betrof het de volgende last:

'Ik maak aan mijne executeurs-testamentair de heeren X en Y, zoomede aan den heer Z te H:

I. de som van tweehonderd duizend gulden, onder uitdrukkelijke bepaling, dat gemeld kapitaal, zoomede de daarvan te kweken rente binnen tien jaar na mijn overlijden moet worden besteed voor personen, inrichtingen en stichtingen (...), welke naar het oordeel van bovengenoemde heeren of van de meerderheid hunner, daarvoor in aanmerking komen, zonder dat zij van hun beheer aan iemand, wie ook, rekening en verantwoording schuldig zullen zijn en alzo ook niet verplicht kunnen worden zekerheid te stellen voor hun beheer. Uit dat kapitaal moet ook worden voldaan of gerestitueerd de kosten van aankoop grond te S en de bouwkosten voor het daarop gestichte of nog te stichten gebouw door of ten behoeve van mijn nicht m. T., tot een bedrag van ten hoogste twee en twintig duizend gulden (curs. NB).'

De Hoge Raad merkte deze last als rechtsgeldig aan. De last was met andere woorden in voldoende mate bepaald. Hieruit blijkt dat het bepaaldheidsvereiste dat voor de last geldt, heel soepel is. Als subject van de verkrijging, ofwel als bestemming, wordt aangewezen: '*personen, inrichtingen en stichtingen, welke naar het oordeel van de drie executeurs (of met meerderheid van stemmen) daarvoor in aanmerking komen*' en dit is voldoende voor de rechtsgeldigheid. Aan de executeurs komt anders gezegd een grote vrijheid toe om naar eigen oordeel te bepalen wie de som van 200.000 gulden verkrijgt. Deze vrijheid ziet dan overigens niet alleen op de personen die verkrijgen (het subject van de verkrijging), maar ook op hetgeen zij ontvangen (het object van de verkrijging).

Een zelfde breed geformuleerde last zien we terug in HR 2 maart 1966, BNB 1966/106,<sup>148</sup> waarop ik hierna in paragraaf 5.4.3.5 inga.

Indien erflater in casu een vorderingsrecht tot nakoming, ofwel een sublegaat, voor ogen stond, zou mijns inziens naar huidig recht niet voldaan zijn aan het bepaaldheidsvereiste ten aanzien van het aanwijzen van de legatarissen (vgl. paragraaf 5.3.2.4). Er zou anders gezegd geen sprake zijn van een rechtsgeldig sublegaat. Erflater heeft immers geen groep van individueel aangewezen personen of in een bepaalde hoedanigheid aangewezen personen genoemd waaruit de drie executeurs kunnen bepalen wie als legataris optreedt. Van bepaalbaarheid is dan ook geen sprake.

148. HR 2 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AX6609, BNB 1966/106.

## 5.4.3.5. HR 2 maart 1966, BNB 1966/106

In HR 2 maart 1966, BNB 1966/106 maakte erflater aan zijn echtgenote een legaat 'groot f 100 000 onder de last om dit bedrag binnen zes maanden na het overlijden van de erflater uit te keren aan weldadige instellingen, hebbende de erflater de keus dezer instellingen en het bedrag hetwelk elk daarvan zal ontvangen, aan de legatarisse overgelaten, terwijl hij voorts bepaalde dat, indien ter zake van dit legaat ten laste van zijn echtgenote successierecht mocht worden geheven, dit ten laste van zijn nalatenschap zou komen.'<sup>149</sup> Deze last werd door de Hoge Raad eveneens als rechtsgeldig beschouwd.

Stond erflater in casu een vorderingsrecht tot nakoming, ofwel een sublegaat, voor ogen dan zou naar huidig recht (evenals in het vorige voorbeeld met betrekking tot HR 30 september 1925, PW 12040) mijns inziens niet voldaan zijn aan het bepaaldheidsvereiste ten aanzien van het aanwijzen van de legatarissen (vgl. paragraaf 5.3.2.4). Voor een rechtsgeldig legaat dient erflater namelijk individueel of in een bepaalde hoedanigheid aangewezen personen te noemen, waaruit de echtgenote dan vervolgens de keuze kan maken. Hiervan is bij de ruime formulering 'weldadige instellingen' geen sprake.

Bovengenoemde uitspraken laten zien dat er ten aanzien van de last een zeer soepel bepaaldheidsvereiste geldt, waarbij aan degene op wie de last drukt veel vrijheid wordt gelaten om naar eigen oordeel, ofwel subjectief, een invulling aan de last te geven. De last leent zich mijns inziens dan ook bij uitstek voor wilsdelegatie.

Alvorens ik nader inga op de vraag in hoeverre een ander kan bepalen wat de omvang van de verkrijging is die met een last kan worden bewerkstelligd ('het object van de verkrijging'), heb ik aandacht voor een andere vraag. In paragraaf 5.4.1 merkte ik reeds op dat de last niet aan iedereen kan worden opgelegd, maar enkel aan de personen genoemd in art. 4:130 lid 1 en 2 BW (gesloten stelsel).<sup>150</sup> Hindert dit erflater in zijn vrijheid om ten aanzien van de last te delegeren, in die zin dat hij niet aan een ieder deze delegatiebevoegdheid kan verlenen?

## 5.4.3.6. Art. 4:130 lid 2 BW en een derde

Art. 4:130 lid 1 en 2 BW bepaalt dat een last enkel kan worden opgelegd aan de gezamenlijke erfgenamen, aan een of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen (lid 1), dan wel aan een executeur (lid 2). Volgens B. Schols kan een erflater met behulp van de last dan ook niet aan ieder willekeurige derde zijn wil delegeren.<sup>151</sup> Hierbij merkt hij evenwel op dat in art. 4:130 lid 2 BW het scharnierpunt voor de oplossing van het vraagstuk van de maximaal toegelaten delegatie is te vinden. Volgens hem is, met betrekking tot het invullen van de inhoud van de in de uiterste

149. HR 2 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AX6609, BNB 1966/106.

150. Vgl. paragraaf 2.2.3 'Passend binnen het gesloten stelsel'.

151. B. Schols 2007a, p. 433.

wil opgenomen verplichting door een derde, een belangrijke rol weggelegd voor de *executeur*:

'De aanwijzing van een derde zou onder omstandigheden [...] ook geconverteerd kunnen worden in een *executeurbenoeming*. De enige taak van deze *executeur* zou dan alleen het uitvoeren van de betreffende last zijn (curs. NB).'<sup>152</sup>

De (willekeurige) derde die als *executeur* kan worden aangemerkt, kan zodoende een last opgelegd krijgen waarmee kan worden gedelegeerd. Dit past binnen het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen.<sup>153</sup>

Het bepaalde in art. 4:130 lid 1 en 2 BW sluit mijns inziens overigens *niet* uit dat ook een willekeurige derde, die niet als *executeur* kan worden aangemerkt, *de inhoud* van een last nader kan bepalen. Bijvoorbeeld: 'ik legateer aan Johan een geldbedrag van € 100.000,- onder de verplichting de helft van dit bedrag uit te keren aan een van mijn neefjes, die *mijn broer* zal aanwijzen.' Dat Johan voor het uitvoeren van deze last de medewerking van 'mijn broer' nodig heeft, maakt de last mijns inziens niet ongeldig. De willekeurige derde (mijn broer) maakt dan deel uit van de verplichting, die is opgelegd aan de legataris (Johan).

#### 5.4.4. *Het object van de verkrijging: delegatie ten aanzien van hetgeen verkregen wordt*

Voor het antwoord op de vraag in hoeverre het mogelijk is om een ander te laten bepalen wat de omvang van de verkrijging is, verwijs ik kortheidshalve naar de bovengenoemde uitspraken van de Hoge Raad, te weten HR 30 september 1925, *PW* 12040 (paragraaf 5.4.3.4) en HR 2 maart 1966, *BNB* 1966/106 (paragraaf 5.4.3.5). De materiële aard van de last verzet zich er niet tegen dat een ander bepaalt welke bedragen op grond van de last worden uitgekeerd. Er geldt zodoende ook ten aanzien van het object van de verkrijging een zeer soepel bepaaldheidsvereiste met ruimte voor subjectieve elementen van een ander. Hierbij zal door die ander, de gedelegeerde, evenwel telkens de redelijkheid en billijkheid in acht genomen moeten worden. De redelijkheid en billijkheid hangt als een corrigerende factor in de lucht.

#### 5.4.5. *Ter vergelijking: § 2193 BGB*

Ter ondersteuning van de gedachte dat er ten aanzien van de last ruimhartig kan worden gedelegeerd, wil ik, ter vergelijking en ter inspiratie, nogmaals wijzen op de bepaling van § 2193 BGB (zie ook paragraaf 3.3.4.2) met betrekking tot de Duitse *Auflage*.<sup>154</sup> § 2193 BGB luidt als volgt:

152. B. Schols 2007a, p 433.

153. Vgl. paragraaf 2.2.3 'Passend binnen het gesloten stelsel'.

154. In § 1940 BGB wordt de *Auflage* omschreven als: 'Der Erblasser kann durch Testament den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, *ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden* (curs. NB).' Vgl. hiermee de definitie van onze last in art. 4:130 BW. Met de Duitse last legt erflater de erfgenenamen of legatarissen dus eveneens een verplichting op, waarvan evenwel geen *nakoming* kan worden gevorderd.

- 'I. Der Erblasser kann bei der Anordnung einer Auflage, deren Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen.
- II. Steht die Bestimmung dem Beschwerten zu, so kann ihm, wenn er zur Vollziehung der Auflage rechtskräftig verurteilt ist, von dem Kläger eine angemessene Frist zur Vollziehung bestimmt werden; nach dem Ablauf der Frist ist der Kläger berechtigt, die Bestimmung zu treffen, wenn nicht die Vollziehung rechtzeitig erfolgt.
- III. Steht die Bestimmung einem Dritten zu, so erfolgt sie durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten. Kann der Dritte die Bestimmung nicht treffen, so geht das Bestimmungsrecht auf den Beschwerten über. Die Vorschrift des § 2151 Abs. 3 Satz 2 findet entsprechende Anwendung; zu den Beteiligten im Sinne dieser Vorschrift gehören der Beschwerde und diejenigen, welche die Vollziehung der Auflage zu verlangen berechtigt sind (curs. NB).'

Heeft erflater zelf *het doel* van de *Auflage* (last) bepaald, dan is het mogelijk om degene die op grond van de *Auflage* verkrijgt te laten aanwijzen door degene op wie de *Auflage* rust of door een derde, dit geheel naar diens goeddunken. Het is dus, anders dan bij een *Vermächtnis* (legaat), niet nodig dat uit een door erflater afgebakende groep van personen kan worden gekozen. Voorts is het mogelijk om dan conform het bepaalde in § 2156 BGB aan de bezwaarde of derde de bevoegdheid te geven om ook de omvang van de verkrijging te bepalen. § 2192 BGB bepaalt namelijk dat §§ 2154 – 2156 BGB op de *Auflage* van overeenkomstige toepassing zijn.<sup>155</sup>

Ook in het Duitse recht is met de last op delegatiegebied dus meer mogelijk dan met het legaat. Erflater hoeft immers niet een afgebakende groep van individueel of in een bepaalde hoedanigheid aangewezen personen te noemen, waaruit de verkrijger door de derde kan worden gekozen (vgl. § 2151 BGB voor wat het legaat betreft). Erflater kan volstaan met het bepalen van louter het *doel*, dit zowel voor wat het subject (§ 2193 BGB), als voor wat het object (§ 2156 BGB) van de verkrijging betreft.

#### 5.4.6. Last die niet tot een verkrijging leidt

Welk bepaaldheidsvereiste geldt voor de last die een *verplichting* inhoudt om een handeling te verrichten of te dulden en die *niet* bestaat in het bewerkstelligen van een verkrijging?

Een voorbeeld van een dergelijke last is, naast de hiervoor genoemde voorbeelden om een monument voor erflater op te richten of om voor een huisdier te zorgen, de verplichting voor een erfgenaam of legataris om een bepaald geldbedrag op een bepaalde wijze te besteden. Hoe concreet moet erflater deze verplichting verwoorden? Kan erflater bijvoorbeeld volstaan met het geven van het doel waarvoor het geldbedrag moet worden besteed en kan een ander dan erflater dit doel of de inhoud van de verplichting vervolgens concretiseren? Bijvoorbeeld: 'ik legateer aan X een geldbedrag van € 100.000, onder de verplichting dit bedrag te besteden aan *een reis die door Y zal worden bepaald*. Of 'ik legateer aan X een geldbedrag van € 100.000, onder de verplichting om een deel daarvan, *dat door Y zal worden bepaald*, te besteden aan een reis naar Taiwan.'

155. Zie uitgebreider hierover paragraaf 3.3.4.2 'Auflage'.

Ik meen dat een dergelijke ruim geformuleerde verplichting, met ruimte voor subjectieve elementen, is toegestaan. In paragraaf 5.4.3 en 5.4.4 zagen we immers dat het bepaaldheidsvereiste voor de last nog soepeler kan worden opgevat dan het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor het legaat. En bij het legaat is er reeds ruimte voor een zekere bepaalbaarheid, die kan worden geconcretiseerd door het subjectieve oordeel van een ander. Omdat het legaat een vorderingsrecht inhoudt, dient evenwel, door het noemen van een afgebakende groep van individueel of in een bepaalde hoedanigheid aangewezen personen, bepaalbaar (identificeerbaar) te zijn aan wie het legaat toekomt. Dit is bij de last niet aan de orde. De last roept immers slechts een verplichting in het leven voor de gezamenlijke erfgenamen, een of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen of voor een executeur (art. 4:130 lid 1 en 2 BW). Gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad (paragraaf 5.4.3.4 en 5.4.3.5) kan deze verplichting zeer ruim worden geformuleerd. Ik ben dan ook van mening dat de materiële aard van de last zich er niet tegen verzet dat de erflater de last zó verwoordt dat hij enkel het doel van de last noemt.<sup>156</sup> En het in zijn uiterste wil vervolgens (als onderdeel van de last/ de verplichting) aan een ander overlaat om dit doel naar eigen inzicht te concretiseren.

#### 5.4.7. Tussenconclusie

De last is net zoals de erfstelling en het legaat een uiterste wilsbeschikking. Voor de last geldt zodoende het bepaaldheidsvereiste (dat immers ziet op alle rechtshandelingen). Welke mate van bepaaldheid voor de last geldt wordt zichtbaar bij bestudering van de materiële aard van de last, zoals omschreven in art. 4:130 BW.

Met de last legt erflater een verplichting op aan de gezamenlijke erfgenamen, aan een of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen, of aan de executeur. Van deze verplichting kan, anders dan bij het legaat, evenwel *geen nakoming* worden gevorderd. De last betreft met andere woorden noch goederenrechtelijke,<sup>157</sup> noch verbintenissenrechtelijke verhoudingen. Hierdoor geldt voor de last een heel soepel bepaaldheidsvereiste, dat ruimte biedt voor subjectieve elementen van anderen en daarmee dus voor wilsdelegatie. Enkel het noemen van *het doel* van de verplichting volstaat.

Ten aanzien van Perricks opmerking,<sup>158</sup> dat erflater voor wat de last ten voordele van niet individueel aangewezen personen betreft, in zijn uiterste wil een richtsnoer dient te geven waaraan de bevoordeelden moeten voldoen opdat willekeur wordt tegengegaan, dient mijns inziens te worden beseft dat de redelijkheid en billijkheid hierbij een corrigerende rol kunnen vervullen.

156. Vgl. TM Boek 4 BW, p. 343: 'Een last kan opgelegd worden in het belang van de bezwaarde zelf, voor het zieleheil of de nagedachtenis van de overledene, voor het bereiken van een bepaald doel [...]. Wordt met een last een bepaald doel nagestreefd, dan kan de inhoud van de last zeer goed aan die van een legaat beantwoorden, het doel moet dan echter duidelijk op de voorgrond treden; zij aan wie ter bereiking van dit doel uitkeringen geschieden, zijn daardoor nog niet legatarissen; zij zullen ook een vordering tot nakoming missen (curs. NB).'

157. Zie evenwel mijn opmerking in noot 141 van dit hoofdstuk omtrent de vervallenverklaring van art. 4:131 BW.

158. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 215.



In paragraaf 4.6.3 en paragraaf 4.6.4.3 gaf ik reeds aan dat ik naast de drie belangrijkste uiterste wilsbeschikkingen (te weten de erfstelling, het legaat en de testamentaire last) ook aandacht zal besteden aan de mate van bepaaldheid die geldt voor de executeursbenoeming en het testamentair bewind. Dit vanwege hun uitgebreide regeling in afdeling 4.5.6 BW en afdeling 4.5.7 BW. In onderstaande paragraaf staat allereerst de executeursbenoeming centraal. Wat zegt de regeling van afdeling 4.5.6 BW over de mate waarin de executeursbenoeming moet zijn bepaald?

## 5.5. Executeursbenoeming

### 5.5.1. Inleidend

In art. 4:142 lid 1 BW is geregeld dat een erflater *bij* uiterste wilsbeschikking een executeur kan benoemen. Met betrekking tot deze executeursbenoeming is in afdeling 4.5.6 BW een aantal bepalingen opgenomen, met name omtrent de taken en bevoegdheden van de executeur.<sup>159</sup> Aan de hand van deze taken en bevoegdheden die, al dan niet op grond van de wet, aan een executeur worden toebedeeld, kan een onderscheid worden gemaakt tussen te onderscheiden soorten 'executeurs'. Namelijk: de executeur zonder beheer, de executeur met beheer en de zogenoemde 'executeur-afwikkelingsbewindvoerder'. Laatstgenoemde is formeel geen executeur, maar afwikkelingsbewindvoerder. Ik duid deze te onderscheiden soorten 'executeurs' hierna in paragraaf 5.5.2 beknopt nader aan.

De executeursbenoeming wordt, evenals de hiervoor besproken erfstelling, het legaat en de testamentaire last, aangemerkt als uiterste wilsbeschikking (art. 4:42 lid 1 BW jo. 4:142 lid 1 BW). Voor haar geldt (eveneens) het bepaaldheidsvereiste. Welke mate van bepaaldheid er voor de executeursbenoeming is vereist, wordt (zoals in paragraaf 4.5 en 4.6 naar voren kwam) zichtbaar door bestudering van de vereisten die gelden ten aanzien van de *inhoud* van de executeursbenoeming. Voorzover deze voorschriften zich niet expliciet over het bepaaldheidsvereiste uitlaten, zullen zij evenwel impliciet aanwijzingen bevatten omtrent de (*materiële*) aard van de executeursbenoeming. Deze aard kan vervolgens weer een indicatie geven voor de vereiste mate van bepaaldheid. Een goederenrechtelijke aard zal bijvoorbeeld leiden tot een strikter bepaaldheidsvereiste dan een verbintenisrechtelijke aard.<sup>160</sup>

Een eigen analyse naar de materiële aard van executele is overigens niet (meer) nodig. Hiervoor kan namelijk dankbaar te rade worden gegaan bij de in 2007 verschenen dissertatie van B. Schols over de ware aard van de executeur.<sup>161</sup> Hierover enkele opmerkingen in paragraaf 5.5.3.

159. Zie over executele uitgebreid: Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 431 e.v.; B. Schols 2007a; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 342; B. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 527 e.v.; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 672 e.v.

160. Vgl. paragraaf 4.3 (verbintenisrechtelijk) met 4.4 (goederenrechtelijk), en paragraaf 5.2 (goederenrechtelijk) met 5.3 (verbintenisrechtelijk).

161. B. Schols 2007a.

De executeursbenoeming kent als onderwerp de persoon die tot executeur wordt benoemd. In paragraaf 5.5.4 staat deze persoon centraal. Kan iemand anders dan erflater bepalen wie als executeur optreedt? Voorts heb ik in paragraaf 5.5.5 aandacht voor de taken en bevoegdheden van de executeur. Kan een ander bepalen wat de taken en bevoegdheden van de executeur zijn?

Alvorens ik op deze vragen inga, sta ik, vanwege een goed begrip van de figuur 'executeur', kort stil bij het hiervoor genoemde onderscheid tussen de executeur zonder beheer, de executeur met beheer en de '(executeur-) afwikkelingsbewindvoerder'.

### 5.5.2. *Te onderscheiden soorten 'executeurs'*

Op grond van afdeling 4.5.6 BW heeft een executeur de taak om de nalatenschap te beheren, de schulden van de nalatenschap te voldoen en op hem rustende lasten uit te voeren. De executeur met dit wettelijke takenpakket wordt beheersexecuteur of twee sterren executeur genoemd.<sup>162</sup> Heeft de erflater de executeur het beheer gelaten, dan zijn de wettelijke regels van art. 4:145–4:147 BW bepalend. Afwijkende beschikkingen zijn dan slechts toegestaan, voorzover dit uitdrukkelijk in de wet is vermeld.<sup>163</sup> Erflater kan de wettelijke taken van een executeur in zijn uiterste wil evenwel beperken (bijvoorbeeld door de executeur enkel het beheer over de onroerende zaken te geven) of zelfs uitsluiten. Hij kan in zijn uiterste wilsbeschikking de executeur het beheer over de goederen van de nalatenschap geheel ontnemen en hem slechts de taak geven om de uitvaart te verzorgen. Deze executeur zonder beheer wordt veelal begrafenisexecuteur of één ster executeur genoemd.<sup>164</sup> Binnen de bepalingen van afdeling 4.5.6 BW is het *niet* mogelijk om de bevoegdheden van de executeur te verruimen. Niettemin zou erflater toch een verruiming kunnen bewerkstelligen door aan de executeur een of meer testamentaire lasten op te leggen (art. 4:130 lid 2 BW).<sup>165</sup> Zo'n last zou bijvoorbeeld de verplichting kunnen inhouden om de nalatenschap op een bepaalde manier te verdelen (vgl. de verplichtende variant van de quasi-wettelijke verdeling). Voorts heeft erflater de mogelijkheid om een afwikkelingsbewind in te stellen en de executeur tevens als afwikkelingsbewindvoerder te laten optreden (art. 4:171 BW).<sup>166</sup> Op deze manier kunnen de bevoegdheden van de executeur, via de route van bewind, worden uitgebreid. Een executeur-afwikkelingsbewindvoerder, ofwel drie sterren executeur, kan bijvoorbeeld de bevoegdheid krijgen om de nalatenschap zelfstandig, zonder toestemming van de rechthebbenden, te verdelen (vgl. de bevoegdheidsvariant van de

162. B. Schols 2007a, p. 28 e.v.; Zie ook B. Schols 2000, p. 278.

163. *Kamerstukken II* 1962/63, 3771, 6, p. 100 (MvA II), *Parl. Gesch. Vast.* p. 846.

164. Zie B. Schols 2007a, p. 27. Zie ook B. Schols 2000, p. 278.

165. Op grond van art. 4:130 lid 2 BW wordt vermoed dat een op een executeur rustende last mede op de gezamenlijke erfgenamen rust. Legitimarissen hoeven niet te dulden dat zij hun legitieme onder het bezwaar van een last verkrijgen (art. 4:72 en art. 4:73 BW).

166. Legitimarissen hoeven niet te dulden dat zij hun legitieme onder het bezwaar van een testamentair bewind verkrijgen (art. 4:72 en art. 4:73 BW).

quasi-wettelijke verdeling).<sup>167</sup> Indien erflater de executeur tevens als afwikkelingsbewindvoerder laat optreden, zijn op het bewind de regels van bewind van toepassing.<sup>168</sup> Op het testamentaire bewind ga ik hierna, in paragraaf 5.6, nader in.

In deze paragraaf staat de beheersexecuteur centraal. In hoeverre kan erflater een ander laten bepalen wie als executeur wordt benoemd en wat de taken en bevoegdheden van de executeur zijn?

### 5.5.3. *Materiële aard van executele*

B. Schols heeft in zijn dissertatie op verfrissende wijze, door het denken in termen van de '*erfrechtelijke verbintenis*' in combinatie met externe rechtsvergelijking, de ware aard van executele blootgelegd. Kort gezegd wordt executele gedragen door drie beginselen:

1. Het verbintenisrechtelijke beginsel van quasi-overeenkomst van opdracht/ lastgeving (intern).
2. Het goederenrechtelijke beginsel van beschikkingsonbevoegdheid van de erfgenamen; het bewindsaspect.
3. Het verbintenisrechtelijke beginsel van onmiddellijke vertegenwoordiging van erflater (extern).<sup>169</sup>

Ofwel de materiële aard van executele is tweeledig en kent enerzijds verbintenisrechtelijke en anderzijds goederenrechtelijke aspecten. De aard van executele kan ook wel worden omschreven als *quasi-privatieve lastgeving*.<sup>170</sup> De executeursbenoeming als zodanig kent een verbintenisrechtelijk aspect. Aan de taken van de executeur, met name aan het beheren van de goederen van de nalatenschap en het voldoen van de schulden, kunnen evenwel goederenrechtelijke aspecten kleven. Op dit takenpakket en het daarbij behorende bepaaldheidsvereiste kom ik in paragraaf 5.5.5 terug.

Voor wat de benoeming van de persoon betreft die als executeur kan optreden, komt het zuiver verbintenisrechtelijke karakter ook duidelijk naar voren in art. 4:143 lid 1 BW:

167. Zie met betrekking tot deze mogelijkheid B. Schols 2007a, Hoofdstuk V. Zie voor een overzicht van de stand van zaken in de rechtspraak ook B. Schols 2012, p. 73 e.v. Zie voor het fenomeen van de executeur-afwikkelingsbewindvoerder in de afgelopen tien jaar Maasland 2013b, nr. 6. Een executeur-boedelberedderaar onder het oude erfrecht is niet te vergelijken met een executeur-afwikkelingsbewindvoerder onder het huidige erfrecht (HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:38, NJ 2013/521, m.nt. L.C.A. Verstappen; AA 2013, p. 677-680, m.nt. A.J.M. Nuytinck).

168. B. Schols 2007a, p. 26-30.

169. Voor een nadere verdieping van deze drie beginselen, aan de hand waarvan de ware aard van executele zich ontplooit, verwijs ik naar de zojuist genoemde dissertatie van B. Schols. Op executele als zodanig ga ik in deze paragraaf niet verder in. Zie hiervoor ook de voornaamste erfrechtelijke handboeken: Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 431 e.v.; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 342 e.v.; B. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, hoofdstuk XIV; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 672 e.v.

170. B. Schols 2007a, p. 141; B. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 530.

*'Men wordt executeur door aanvaarding van zijn benoeming na het overlijden van de erflater. De kantonrechter kan op verzoek van een belanghebbende een termijn stellen, na afloop waarvan de benoeming niet meer kan worden aanvaard (curs. NB).'<sup>171</sup>*

Men wordt executeur, ofwel er is sprake van een verbintenis, door de benoeming na het overlijden van erflater *te aanvaarden* (vgl. art. 6:217 BW en in het bijzonder art. 7:400 BW jo. 7:414 BW).

Het verbintenisrechtelijke karakter van de executeursbenoeming zou erop kunnen duiden dat bepaalbaarheid, met ruimte voor subjectieve elementen van iemand anders dan erflater, voldoet. Het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor executele zou immers niet anders moeten zijn dan het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor (privatieve) lastgeving.<sup>172</sup> En omdat lastgeving een verbintenis-scheppende overeenkomst is, zou dan ook bepaalbaarheid als bedoeld in art. 6:227 BW mijns inziens moeten voldoen. Voor dit bepaaldheidsvereiste verwijst ik kortheidshalve naar hetgeen ik hierover heb opgemerkt in paragraaf 4.3.4 e.v. met betrekking tot het object en de subjecten van een verbintenis. Het bepaaldheidsvereiste van art. 6:227 BW is evenwel niet van toepassing indien Boek 4 BW uitdrukkelijk anders bepaalt. Wat bepaalt afdeling 4.5.6 BW met betrekking tot het benoemen van de executeur? Dient erflater de executeur zelf te benoemen, of kan hij dit aan een ander overlaten? Op deze vraag ga ik in de volgende paragraaf nader in.

#### 5.5.4. Delegatie ten aanzien van de executeur

##### 5.5.4.1. Executeursbenoeming, art. 4:142 lid 1 BW

In art. 4:142 lid 1 BW komen de mogelijkheden naar voren om in een executeursbenoeming te voorzien. Art. 4:142 lid 1 BW bepaalt dat:

*'(1) Een erflater kan bij uiterste wilsbeschikking<sup>173</sup> een of meer executeurs benoemen. Hij kan aan een executeur de bevoegdheid toekennen een of meer andere executeurs aan zich toe te voegen of in zijn plaats te stellen; hij kan ook beschikken dat wanneer een benoemde executeur komt te ontbreken, de kantonrechter bevoegd is op verzoek van een belanghebbende een vervanger te benoemen (curs. NB).'*

Een executeur kan zodoende worden benoemd door:

1. de erflater;
2. een executeur;
3. de kantonrechter.

In dit artikel schemert enerzijds door dat erflater ten aanzien van de executeursbenoeming ('delegatie-') bevoegdheden aan anderen, namelijk aan een executeur of aan de

171. Zie ook art. 4:143 lid 2 BW: 'Handelingsonbekwamen, zij van wie één of meer goederen onder een bewind als bedoeld in titel 19 van Boek 1 zijn gesteld, en zij die in staat van faillissement verkeren of ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, kunnen niet executeur worden (curs. NB).'

172. B. Schols 2007a, p. 141 en B. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 530 geeft immers aan dat de ware aard van executele is: quasi-privatieve lastgeving.

173. Ofwel bij uiterste wil (art. 4:42 lid 3 jo. afdeling 4.4.4 BW). Zie ook B. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 531.

kantonrechter, kan verlenen. Anderzijds schemert in dit artikel het *gesloten stelsel* van uiterste wilsbeschikkingen door.<sup>174</sup> Een executeur kan niet worden benoemd door andere personen dan de erflater, een executeur of de kantonrechter.

Het expliciet uitspreken van de mogelijkheid om een executeur door een executeur of kantonrechter te laten benoemen, lijkt art. 4:142 lid 1 BW in eerste instantie tot een heuse delegatiebepaling te maken. Niettemin ben ik van mening dat de formulering in art. 4:142 lid 1 BW, zoals ik hierna zal toelichten, de delegatie-mogelijkheden van erflater juist enigszins beperkt.

In onderstaande paragrafen ga ik nader in op de verschillende mogelijkheden om in een executeursbenoeming te voorzien.

#### 5.5.4.2. ... door erflater

Om van een executeursbenoeming als bedoeld in art. 4:142 lid 1 BW te kunnen spreken, dient erflater bij uiterste wil een of meer individueel of in een bepaalde hoedanigheid aangewezen executeurs te benoemen.<sup>175</sup> Dat kunnen zowel natuurlijke personen als rechtspersonen zijn.<sup>176</sup>

Gelet op de formulering van art. 4:142 lid 1 BW dat spreekt over 'een of meer executeurs', gelet op het ontbreken van woorden als 'daarbij aangewezen' en gelet op het verbintenisrechtelijke karakter van de executeursbenoeming, zou ten aanzien van de executeursbenoeming mijns inziens aansluiting kunnen worden gezocht bij hetgeen ik heb opgemerkt in paragraaf 4.3 over het bepaaldheidsvereiste en de verbintenis, evenals bij hetgeen ik heb opgemerkt in paragraaf 5.3 ten aanzien van het bepaaldheidsvereiste en het legaat. Dit doet art. 4:142 lid 1 BW ook expliciet voor wat mijn opmerkingen in paragraaf 4.3.8 betreft omtrent de vervangbaar gestelde persoon. Het is immers mogelijk om een *executeur of kantonrechter* (gesloten stelsel) een opvolgend resp. vervangende executeur te laten benoemen.<sup>177</sup> Op deze mogelijkheden ga ik hierna in paragraaf 5.5.4.3 en 5.5.4.4 nader in. Ik mis evenwel een uitdrukkelijke bepaling die het toestaat om een derde een *alternatieve keuze* te laten maken uit meerdere *door erflater* genoemde personen (vgl. paragraaf 4.3.8.3 en 5.3.2.4). Net zoals bij het legaat met keuzemogelijkheid ten aanzien van de legataris, zou het naar mijn mening mogelijk moeten zijn om erflater meerdere personen te laten aanwijzen waaruit vervolgens een derde de executeur kan benoemen (vgl. paragraaf 4.3.8.3 en 5.3.2.4). Deze mogelijkheid spreekt art. 4:142 lid 1 BW evenwel niet uitdrukkelijk uit. Daarentegen voorziet art. 4:142 lid 1 BW, zoals reeds opgemerkt,

174. Vgl. ook paragraaf 2.2.3 'Passend binnen het gesloten stelsel'.

175. Bijvoorbeeld de ten tijde van zijn overlijden oudste notaris van een bepaald kantoor. Vgl. Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 346; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 679 laatste alinea.

176. Breemhaar 1992, nr. 240; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 346.

177. Vgl. de in Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 30 en 31 gemaakte driedeling ten aanzien van de vraag wie bij een verbintenis schuldeiser en wie schuldenaar kan zijn (zie paragraaf 4.3.8). Deze driedeling kan ook worden bespeurd voor wat de persoon van de executeur betreft. Executeur kunnen zijn: individueel aangewezen personen, in een bepaalde hoedanigheid aangewezen personen of vervangbaar gestelde personen. Vgl. in dit kader ook de 'voor zich of nader te noemen meester'-clause als bedoeld in art. 3:67 BW (zie paragraaf 4.3.8.1 en 4.3.8.4).

wel in de mogelijkheid dat erflater de bevoegdheid verleent aan een executeur of aan de kantonrechter om een 'toegevoegd' of 'opvolgende/vervangende' executeur te benoemen. Betekent dit zwijgen van de wet over de mogelijkheid om een ander dan erflater (bijvoorbeeld de echtgenoot, een vriend of een executeur) een *alternatieve keuze* te laten maken uit meerdere door erflater genoemde executeurs, terwijl er wel uitdrukkelijk wordt gesproken over het toevoegen, opvolgen of vervangen van executeurs, dat de alternatieve keuze voor het benoemen van executeurs niet is toegestaan? Als het antwoord op deze vraag bevestigend is, houdt art. 4:142 lid 1 BW in dit opzicht mijns inziens een delegatie-bepaling in. Op grond van de verbintenisrechtelijke aard van de executeursbenoeming zou deze mogelijkheid immers niet botsen met het bepaaldheidsvereiste en zodoende zijn toegestaan.

#### 5.5.4.3. ... door een executeur

Erflater kan op grond van art. 4:142 lid 1 tweede zin BW bij zijn uiterste wilsbeschikking de bevoegdheid verlenen aan *een executeur* om een of meer executeurs aan zich toe te voegen (het zogenoemde recht van assumptie) of in zijn plaats te stellen (het zogenoemde recht van subrogatie; vgl. paragraaf 4.3.8.2 met betrekking tot de facultatieve schuldeiser resp. schuldenaar). Volgens Breemhaar veronderstelt de uitoefening van dit recht van assumptie of subrogatie dat de door erflater benoemde executeur, zijn benoeming reeds heeft aanvaard.<sup>178</sup>

Ik duid de executeur aan wie een recht van subrogatie of assumptie kan worden verleend, hierna als de 'primaire executeur'.

Met de mogelijkheid die art. 4:142 lid 1 tweede zin BW brengt, heeft de primaire executeur de vrijheid om naar eigen inzicht een persoon tot executeur te benoemen. Deze persoon kan dan naast (assumptie) of in de plaats van (subrogatie) de primaire executeur optreden. Een interessante vraag hierbij is of deze vrijheid zo ver reikt dat erflater een executeur *zonder beheer* benoemt en daaraan de bevoegdheid geeft dan wel de last oplegt om een executeur *met beheer* aan zich toe te voegen of in zijn plaats te stellen. Anders gezegd: kan erflater aan een executeur zonder beheer (de zogenaamde één ster executeur) de bevoegdheid geven om een beheersexecuteur te benoemen (de zogenaamde twee sterren executeur)? Op de vraag of dit is toegestaan, kom ik terug in paragraaf 5.5.5 dat ziet op delegatie ten aanzien van de taken en bevoegdheden van de executeur.

De 'toegevoegde' of 'in de plaats gestelde' executeurs zijn niet door erflater in de uiterste wil bepaald. Zij zijn op het tijdstip van het testen nog *onbepaalde* personen die door de in de uiterste wil verleende bevoegdheid aan de primaire executeur evenwel door deze bepaald (ofwel benoemd) kunnen worden.<sup>179</sup> Belangrijk hierbij is om te beseffen dat alvorens we toekomen aan de mogelijkheden van toevoeging of indeplaatsstelling, erflater steeds zelf in zijn uiterste wil een of meer executeurs moet

178. Breemhaar 1992, nr. 242.

179. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de in de vorige paragraaf genoemde alternatieve keuze, waarbij erflater in zijn uiterste wil een afgebakende groep van personen dient aan te wijzen waaruit vervolgens de keuze kan worden gemaakt (Vgl. ook paragraaf 5.3.2.4).

hebben benoemd (die vervolgens hun benoeming hebben aanvaard). Anders gezegd: erflater moet steeds zelf in zijn uiterste wil een *bepaalde* (of *bepaalbare*? Vgl. de hiervoor genoemde alternatieve keuze) executeur aanwijzen, opdat er sprake is van een executeursbenoeming en het recht van assumptie of subrogatie kan worden verleend.

Aanvankelijk lijkt art. 4:142 lid 1 tweede zin BW een ruime delegatiebepaling in te houden. Ten tijde van het testeren nog *onbepaalde* personen kunnen immers door iemand anders dan erflater tot executeur worden benoemd. Doch deze ruimte wordt enerzijds beperkt door het gegeven dat erflater reeds zelf in zijn uiterste wil een *bepaalde* persoon tot executeur moet hebben benoemd (voor een alternatieve keuze door een derde uit een door erflater afgebakende groep van 'potentiële' executeurs lijkt geen plaats). Anderzijds ligt in art. 4:142 lid 1 tweede zin BW een *formele* beperking besloten ten aanzien van degene aan wie de bevoegdheid om een of meer executeurs toe te voegen of in de plaats te stellen, kan worden verleend. Hiervoor komt immers enkel een *executeur* in aanmerking (die zijn benoeming heeft aanvaard),<sup>180</sup> en dus niet een willekeurige derde (gesloten stelsel). *Materieel* gezien is deze beperking evenwel te verwaarlozen. Erflater kan een willekeurige derde immers telkens tot executeur benoemen<sup>181</sup> en aan hem de bevoegdheid toekennen een of meer andere executeurs aan zich toe te voegen of in zijn plaats te stellen, met dien verstande dat aan het ambt ook (fiscale)<sup>182</sup> verplichtingen kleven.

#### 5.5.4.4. ... door de kantonrechter

Op grond van art. 4:142 lid 1 derde zin BW kan erflater in zijn uiterste wilsbeschikking bepalen dat wanneer een benoemde executeur komt te ontbreken, de kantonrechter bevoegd is om op verzoek van een belanghebbende een vervanger te benoemen.<sup>183</sup> Ook ten aanzien van deze 'vervangende' executeurs geldt dan dat zij niet door erflater in de uiterste wil, maar door een ander, namelijk de kantonrechter, worden bepaald/ benoemd. Enerzijds heeft erflater dus de ruimte om ten tijde van zijn overlijden nog geheel *onbepaalde* executeurs te laten benoemen indien de benoemde executeur komt te ontbreken, doch anderzijds houdt dit artikel eveneens een beperking in. Erflater kan immers enkel aan *de kantonrechter* de bevoegdheid verlenen om op verzoek van een belanghebbende, een vervanger te benoemen in het geval dat een benoemde executeur komt te ontbreken. Het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen verhindert dat deze bevoegdheid kan worden verleend aan bijvoorbeeld een erfgenaam of goede vriend.

180. Vgl. Breemhaar 1992, nr. 242.

181. Vgl. B. Schols 2007a, p. 433. Zie ook mijn opmerking hierover in paragraaf 5.4.3.6 'Art. 4:130 lid 2 BW en een derde'.

182. Bijvoorbeeld art. 72 SW. De executeur wordt verplicht tot het doen van de aangifte erfbelasting. Hierdoor wordt hij hoofdelijk aansprakelijk voor de verschuldigde erfbelasting (art. 47 Invoeringswet 1990).

183. Wanneer erflater in zijn uiterste wilsbeschikking niet slechts een of meer nader omschreven belanghebbenden, doch in het algemeen "belanghebbenden" bevoegd heeft verklaard de rechter te verzoeker een vervanger aan te wijzen voor een door hem zelf benoemde executeur, dient als belanghebbenden te worden aangemerkt een ieder die een rechtstreeks belang heeft bij de vervulling van de taak van de executeur. *Kamerstukken I* 1968/69, 3771, 133, p. 59 (MvA I), *Parl. Gesch. Vast.* p. 839.

Voorts dient te worden gerealiseerd dat, alvorens we toekomen aan de mogelijkheid van vervanging, er reeds een executeur moet zijn benoemd en dat erfflater uitdrukkelijk in zijn uiterste wil moet bepalen dat de kantonrechter bevoegd is om een vervangende executeur te benoemen op verzoek van een belanghebbende. Is deze mogelijkheid niet in de uiterste wil neergelegd, dan kan de kantonrechter niet op eigen houtje een executeur benoemen.<sup>184</sup>

In onderstaande paragraaf ga ik nader in op de zojuist genoemde beperking dat enkel de primaire executeur resp. de kantonrechter (gesloten stelsel) een executeur aan zich toe kan voegen of in de plaats kan stellen resp. als vervanger kan benoemen.

#### 5.5.4.5. Beperking

Ten aanzien van de in art. 4:142 lid 1 BW beschreven bevoegdheidsverleningen bij uiterste wil om een of meer executeurs toe te voegen, of in de plaats te stellen resp. te vervangen, geldt, zoals in de paragrafen 5.5.4.3 en 5.5.4.4 naar voren kwam, een beperking. Enkel de 'primaire' executeur of de kantonrechter is hiertoe immers bevoegd. Perrick merkt op dat deze beperking onwenselijk is:

'De erfflater kan er een goede reden voor hebben een bepaalde (rechts)persoon, die hij *niet* tot executeur wenst te benoemen, bevoegd te verklaren een opvolgende of een vervangende executeur te benoemen. Deze kan daartoe beter geschikt zijn dan de kantonrechter. Art. 4:157 lid 1 BW staat de erfflater wel toe op een dergelijke wijze in de benoeming van een (opvolgend) bewindvoerder te voorzien (curs. NB).'<sup>185</sup>

Op art. 4:157 lid 1 BW ga ik hierna, in paragraaf 5.6.4, nader in. Ten aanzien hiervan kan evenwel reeds worden aangetekend dat het instellen van *testamenteir bewind* ziet op een of meer door erfflater nagelaten of vermaakte *goederen* (art. 4:153 BW) en niet op de persoon van de bewindvoerder. Hetgeen kan verklaren waarom art. 4:157 lid 1 BW minder strak omljnd is. Dit neemt echter Perricks kritiek over de onwenselijkheid van de beperking niet weg. De vraag kan worden gesteld waarom erfflater een dergelijke bevoegdheidsverlening in zijn uiterste wil niet aan een andere persoon dan de primaire executeur of de kantonrechter zou kunnen geven. Wanneer erfflater in zijn uiterste wil de 'primaire' executeur heeft benoemd (ofwel *bepaald*) en de bevoegdheidsverlening om een ander (op het moment van overlijden nog *onbepaalde* persoon) in de plaats te stellen resp. als vervanger te laten benoemen of toe te voegen, eveneens *in zijn uiterste wil* heeft neergelegd, wordt door erfflater dan niet conform het verbintenissenrechtelijke bepaaldheidsvereiste als bedoeld in art. 6:227 BW gehandeld? Enerzijds ben ik geneigd om deze vraag bevestigend te beantwoorden, gelet op mijn bevindingen in paragraaf 4.3.4.2 met betrekking tot de verbintenisscheppende overeenkomst (zoals ook de lastgeving). Hierin kwam naar voren dat voor verbintenissen

184. Zie voor wat de kantonrechter wel kan: Ktr. Heerlen 7 oktober 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AR5840, NJ 2004/614 (zie ook Luijten & Meijer 2005); B. Schols 2005, evenals B. Schols 2007a, p. 132 waarin wordt verwezen naar Ktr. Maastricht 13 januari 2005 (zaaknr. 179050) die bij zijn beschikking de bevoegdheden van een *beheersexecuteur* via art. 3:168 BW nabootste.

185. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 680.



*bepaalbaarheid* voldoet. Van bepaalbaarheid is sprake indien een vaststelling kan geschieden naar van tevoren vaststaande criteria, die een subjectief element kunnen inhouden, zoals het oordeel van derden. Indien erflater *in zijn uiterste wil* heeft neergelegd hoe de indeplaatsstelling resp. vervanging of toevoeging geschiedt, bijvoorbeeld door een van de erfgenamen, is er dan geen sprake van een dergelijke bepaalbaarheid? Gelet op mijn bevindingen in paragraaf 4.3.8.1 en 4.3.8.2 omtrent de mogelijkheid om een bepaalde schuldeiser resp. schuldenaar door een nog onbepaald persoon te laten vervangen, kan evenwel worden opgemerkt dat het hier ging om een *indeplaatsstelling*, ofwel een vervanging door de *primaire schuldeiser resp. schuldenaar* (zoals in art. 4:142 lid 1 BW ook is bepaald voor de primaire executeur) en niet door derden. Bovendien realiseer ik me dat de rechtszekerheid in het geding kan komen wanneer een derde (niet zijnde de primaire executeur of de kantonrechter) bijvoorbeeld geen opvolgend of vervangende executeur benoemt. Of indien de derde een lange tijd laat verstrijken voordat hij een opvolger of vervanger benoemt. Vanuit dit oogpunt bekeken, komt de bepaling dat de kantonrechter op verzoek van een belanghebbende een vervanger kan benoemen, mij als vangnetbepaling wenselijk voor.<sup>186</sup>

#### 5.5.5. *Delegatie ten aanzien van de taken en bevoegdheden van een executeur*

##### 5.5.5.1. Wettelijk takenpakket, art. 4:144 BW

In deze paragraaf komt de vraag aan bod in hoeverre iemand anders dan erflater kan bepalen wat de taken en bevoegdheden van de (beheers-)executeur zijn. Hierover kan ik tamelijk kort zijn, omdat deze taken en bevoegdheden wettelijk zijn geregeld. Erflater *heeft* zich hierover dus niet expliciet of impliciet in zijn uiterste wil uit te spreken. Ofwel: erflater *heeft* de taken en bevoegdheden van de executeur in zijn uiterste wil niet te *bepalen*. Dat doet de wet namelijk. Art. 4:144 lid 1 BW bepaalt dat:

‘Onverminderd de testamentaire lasten die de erflater aan de executeur mocht hebben opgelegd, heeft deze, voor zover de erflater niet anders heeft beschikt, tot taak de goederen der nalatenschap te beheren en de schulden der nalatenschap te voldoen, die tijdens zijn beheer uit die goederen behoren te worden voldaan (curs. NB).’

Art. 4:144 lid 1 BW is van *regelend recht* (‘voor zover de erflater niet anders heeft beschikt’). Erflater kan zich, zoals ik ook in paragraaf 5.5.2 heb aangestipt, in zijn uiterste wil dus wel over de taken en bevoegdheden van de executeur uitlaten. Hij kan bijvoorbeeld bepalen dat de executeur slechts een gedeelte van de nagelaten goederen zal beheren, alleen legaten zal voldoen of alleen de lijkbezorging mag regelen.<sup>187</sup> Via

186. Deze weg naar de rechter kan natuurlijk ook worden bewandeld zonder expliciete wettelijke bepaling. Wordt er bijvoorbeeld door de gedelegeerde niet binnen een bepaalde of redelijke termijn gehandeld, doordat de gedelegeerde geen opvolgend of vervangende executeur benoemt, dan kan mijns inziens op verzoek van een belanghebbende, al dan niet naar analogie met art. 3:300 BW, eveneens de rechter worden opgezocht.

187. Vgl. *Kamerstukken II* 1962/63, 3771, 6, p. 100 (MvA II), *Parl. Gesch. Vast.* p. 846 en hiervoor paragraaf 5.5.2.

de route van het *testamentaire bewind* kan hij de bevoegdheden van de executeurs zelfs uitbreiden. Erflater kan de executeur namelijk tot executeur-afwikkelingsbewindvoerder benoemen. In dat geval wordt de regeling van executele evenwel verlaten en belanden we in de bepalingen omtrent het testamentair bewind (waarover meer in paragraaf 5.6).

In deze paragraaf staat, zoals gezegd, de beheersexecuteur met het wettelijke takenpakket als bedoeld in afdeling 4.5.6 BW ('Executeurs') centraal. Vanuit de wet bekeken, kan worden betoogd dat voor deze executeur een strikt bepaaldheidsvereiste geldt ten aanzien van de taken en bevoegdheden. De regels van afdeling 4.5.6 BW *bepalen* immers – behoudens de testamentaire last (ten aanzien waarvan erflater veel vrijheid heeft, zie paragraaf 5.4) – de taken en bevoegdheden van de executeur. Vanuit de erflater geredeneerd, kan evenwel worden betoogd dat voor de taken en bevoegdheden van een executeur een soepel bepaaldheidsvereiste geldt. Heeft erflater een executeur benoemd conform het bepaalde in art. 4:142 lid 1 BW, dan is er sprake van executele ook indien erflater *niets bepaalt* omtrent de taken en bevoegdheden. Doch dit soepele bepaaldheidsvereiste wordt dan *objectief*, namelijk *door de wetgever*, ingekleurd. Hetgeen mijns inziens ook past bij de goederenrechtelijke aspecten die met het beheren van de goederen van de nalatenschap en het voldoen van de schulden gepaard kunnen gaan (vgl. paragraaf 4.4, waarin naar voren kwam dat voor goederenrechtelijke verhoudingen, vanwege de derdenwerking of – meer in het algemeen gezegd – vanwege de rechtszekerheid in het rechtsverkeer, een *objectieve maatstaf* het uitgangspunt is). Voor bepaalbaarheid aan de hand van het subjectieve oordeel van een derde, ofwel voor delegatie, is in zoverre dus geen plaats. Of is er binnen de kaders van afdeling 4.5.6 BW ('Executeurs') toch enige ruimte voor zulke subjectiviteit? Ik kom hier zo dadelijk in paragraaf 5.5.5.2 op terug.

Vooreerst ben ik nog een antwoord verschuldigd op de in paragraaf 5.5.4.3 gestelde vraag of erflater in zijn uiterste wil een executeur *zonder beheer* kan benoemen en aan deze de bevoegdheid kan geven resp. (door middel van een last) de verplichting kan opleggen om een executeur *met beheer* aan zich toe te voegen of in zijn plaats te stellen. Ofwel kan een zogenaamde één ster executeur een zogenaamde twee sterren executeur benoemen? Ik meen dat deze vraag voor wat de *toegevoegde executeur*, op grond van art. 4:142 lid 1 jo. 4:144 lid 1 BW, bevestigend moet worden beantwoord. '*Voor zover de erflater niet anders heeft beschikt*', heeft *iedere* executeur immers de taak om de goederen van de nalatenschap te beheren en de schulden van de nalatenschap te voldoen, die tijdens zijn beheer uit de goederen behoren te worden voldaan (art. 4:144 lid 1 BW). Indien erflater een executeur zonder beheer benoemt (en dus uitdrukkelijk anders heeft beschikt) en aan deze de bevoegdheid toekent resp. de verplichting oplegt om een executeur aan zich toe te voegen, doch zich echter *niet* expliciet uitlaat over de taken en bevoegdheden van deze toegevoegde executeur, is de toegevoegde executeur op grond van afdeling 4.5.6 BW telkens een beheersexecuteur. Het is immers niet aan de executeur zonder beheer (de één ster executeur) om zich uit te laten over de taken en bevoegdheden van de executeur. De zogenoemde één ster executeur kan anders gezegd niet op eigen houtje een één ster executeur aan zich

toevoegen. Evenmin kan een executeur met beheer (de zogenoemde twee sterren executeur), die op grond van art. 4:142 lid 1 BW de bevoegdheid heeft om een of meer andere executeurs aan zich toe te voegen, een executeur zonder beheer (de zogenoemde één ster executeur) benoemen. Het is op grond van art. 4:144 lid 1 BW immers slechts de *erflater* die zich uit kan laten over de taken en bevoegdheden van de executeurs. Voorzover de erflater dit niet doet, kleurt de wet (objectief) de taken en bevoegdheden van de executeur in (vgl. het strikte goederenrechtelijke bepaaldheidsvereiste, paragraaf 4.4). De executeur zal dan op grond van de wet een beheersexecuteur zijn. Voor wat de mogelijkheid betreft om aan een executeur zonder beheer de bevoegdheid te geven om een of meer andere executeurs *in zijn plaats te stellen*, geldt mijns inziens dat de woorden 'in zijn plaats te stellen' met zich brengen dat enkel een executeur met hetzelfde takenpakket – als het takenpakket dat aan de primaire executeur op grond van de wet of op grond van de uiterste wil is toebedeeld – kan worden benoemd. Heeft erflater anders gezegd aan een executeur zonder beheer de bevoegdheid gegeven om een of meer executeurs in zijn plaats te stellen, dan kunnen dit mijns inziens enkel executeurs zonder beheer zijn. Heeft erflater een executeur met beheer de bevoegdheid gegeven om een of meer executeurs in zijn plaats te stellen, dan kunnen dit (eveneens) slechts executeurs met beheer zijn. Zou dit anders zijn, dan is er naar mijn mening geen sprake van een *indeplaatsstelling*.

Hiervoor kwam reeds aan bod dat ten aanzien van de taken en bevoegdheden van de (beheers)executeur, voorzover erflater hieromtrent niets bepaalt, de regels van afdeling 4.5.6 BW uitgangspunt zijn. Er geldt voor het bepalen van de taken en bevoegdheden van de executeur zodoende een *objectieve maatstaf* en voor bepaalbaarheid aan de hand van het subjectieve oordeel van een derde is dan ook geen plaats. Of toch wel? In de volgende paragraaf bekijk ik of er niet toch ruimte is voor andermans subjectief oordeel met betrekking tot het bepalen van de taken en bevoegdheden van de executeur.

#### 5.5.5.2. Ruimte voor subjectieve elementen?

De taken en bevoegdheden van de executeur worden, behoudens de testamentaire last, in beginsel ingevuld door de wetgever. In de parlementaire geschiedenis is te lezen dat:

'Zoals gezegd kan de erflater aan de executeur de bevoegdheid tot beheer ontzeggen of deze tot een gedeelte der goederen beperken. Maar voor zover de erflater de executeur *het beheer* heeft gelaten, gelden hiervoor de artikelen 4.4.6.3a–4.4.6.3d [thans art. 4:145–4:147 BW, toev. NB] van het gewijzigd ontwerp en van *die bepalingen is geen afwijkende beschikking toegelaten, behalve de in artikel 4.4.6.3c lid 3 [thans art. 4:147 lid 3 BW, toev. NB] vermelde (curs. NB).*<sup>188</sup>

Art. 4:145–4:147 BW zijn voor de beheersexecuteur dus bepalend. Afwijking hiervan is niet mogelijk, behalve voor wat art. 4:147 BW betreft. Dit artikel ziet op het te gelde maken van de beheerde goederen. De executeur is bevoegd door hem beheerde

188. *Kamerstukken II 1962/63, 3771, 6, p. 100 (MvA II), Parl. Gesch. Vast. p. 846.*

goederen te gelde te maken, voorzover dit nodig is voor de voldoening van de schulden van de nalatenschap en de nakoming van de hem opgelegde lasten (art. 4:147 lid 1 BW). Omtrent de keuze van de te gelde te maken goederen en de wijze van tegeldemaking treedt erflater zoveel mogelijk in overleg met de erfgenamen en stelt hij, wanneer er bij een erfgenaam bezwaren zijn tegen een voorgenomen tegeldemaking, die erfgenaam in de gelegenheid de beslissing van de kantonrechter in te roepen. Dit voorzover de erflater niet anders heeft beschikt (art. 4:147 lid 2 BW). De erflater zou in zijn uiterste wilsbeschikking dus kunnen bepalen dat de executeur voor het te gelde maken van goederen *niet* in overleg hoeft te treden met de erfgenamen. Hierbij is voor delegatie ten aanzien van de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking geen plaats. Het is immers de *erflater* die anders moet beschikken. De erflater kan dit zodoende niet aan een ander overlaten. Laat de bepaling het evenwel toe dat de erflater *anders* beschikt door tevens een *voorwaarde* aan de bepaling te koppelen? Bijvoorbeeld: 'de executeur hoeft voor het te gelde maken van goederen niet in overleg te treden met de erfgenamen, *tenzij* (of indien) zulks naar het oordeel van bijvoorbeeld de executeur, of de kantonrechter of persoon X toch nodig is'.<sup>189</sup> Deze vraag betreft een vraag naar de toelaatbaarheid van wilsdelegatie ten aanzien van de *werking*. De werking van de bepaling, die overigens slechts het in *overleg treden* betreft, is immers afhankelijk gemaakt van andermans wil.<sup>190</sup> In hoeverre dit is toegestaan, komt aan bod in hoofdstuk 6. Voor wat het te gelde maken van de beheerde goederen betreft, kan evenwel reeds op diens toelaatbaarheid worden gewezen. Art. 4:147 lid 3 BW voorziet namelijk in de mogelijkheid om een executeur aan een *toestemmingsvereiste* te binden:

'De erflater kan bepalen dat de executeur voor de tegeldemaking van een goed de toestemming van de erfgenamen behoeft. Deze toestemming kan echter vervangen worden door een machtiging van de kantonrechter (curs. NB).'<sup>191</sup>

Erflater kan dus bepalen dat de executeur voor de tegeldemaking van een goed *afhankelijk is van de wil van de erfgenamen*. Met de zinsnede 'de erflater kan bepalen' laat art. 4:147 lid 3 BW het evenwel niet toe dat een ander dan erflater een toestemmingsvereiste voor de tegeldemaking van de beheerde goederen in het leven roept.

Het lijkt er dus op dat ten aanzien van de taak van de executeur om de goederen van de nalatenschap te beheren en de schulden van de nalatenschap te voldoen, die tijdens zijn beheer uit de beheerde goederen behoren te worden voldaan, *inhoudelijk* niets te

189. Vgl. bijvoorbeeld ook art. 4:13 lid 4 BW '*tenzij de erflater anders heeft bepaald*', hetgeen ook zou kunnen inhouden een bepaling als: 'Indien en voor zover een kind naar aanleiding van mijn overlijden een vordering verkrijgt op mijn echtgenote op basis van de onderhavige uiterste wil, dan bepaal ik bij deze uiterste wilsbeschikking dat over deze vordering, onverminderd het hierna bepaalde, een rente verschuldigd is zoals geldt op basis van art. 13 lid 4 van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek, *tenzij mijn echtgenote binnen 8 maanden na mijn overlijden en bij notariële akte anders bepaalt*.'

190. Vgl. in dit kader de woorden van de minister: 'Wat de erflater niet is toegestaan is zijn beschikking afhankelijk te stellen van de willekeur van een ander.' *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771.

191. Dit toestemmingsvereiste heeft evenwel slechts *interne werking*. B. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 542.

delegeren valt. Art. 4:147 lid 3 BW biedt evenwel ruimte om de tegeldemaking van een goed afhankelijk te maken van de wil van de erfgenamen. Het betreft hier in feite delegatie ten aanzien van de *werking* van een bepaling in de uiterste wil. Ook art. 4:147 lid 2 BW zou deze ruimte, met betrekking tot het in overleg treden ten aanzien van de keuze van de te gelde te maken goederen en de wijze van tegeldemaking, kunnen bieden. In hoeverre het is toegestaan om de werking van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van andermans wil, komt aan bod in het volgende hoofdstuk.

Art. 4:144 BW noemt evenwel nog een taak voor de executeur, namelijk het uitvoeren van testamentaire lasten die de erflater aan de executeur heeft opgelegd.

### 5.5.5.3. 'Onverminderd testamentaire lasten'

Art. 4:130 lid 2 BW maakt het mogelijk om een testamentaire last op te leggen aan een executeur. Op grond van de tweede zin van dit artikel wordt vermoed dat een op een executeur rustende last mede op de gezamenlijke erfgenamen rust, tenzij uit haar aard of uit de uiterste wil iets anders voortvloeit. Een erflater die dus enkel een testamentaire last aan de executeur wil opleggen (en niet tevens aan de gezamenlijke erfgenamen), kan dit zodoende het beste uitdrukkelijk in zijn uiterste wil bepalen.

In de mogelijkheid om aan de executeur testamentaire lasten op te leggen, schuilt een mogelijkheid om te delegeren. Bijvoorbeeld: 'ik legateer aan mijn executeur X een geldbedrag van € 100.000, onder de verplichting dat dit bedrag binnen tien jaar na mijn overlijden moet worden besteed voor personen, inrichtingen en stichtingen, welke *naar het oordeel van mijn executeur* daarvoor in aanmerking komen (vgl. HR 30 september 1925, *PW* 12040 in paragraaf 5.4.3.4). Ik verwijs voor de mogelijkheden van wilsdelegatie met betrekking tot testamentaire lasten naar hetgeen ik hierover heb opgemerkt in paragraaf 5.4. In deze paragraaf kwam voorts aan bod dat de inhoud van een last ook door een ander dan de executeur nader kan worden geconcretiseerd. Bijvoorbeeld: 'ik legateer aan mijn executeur een geldbedrag van € 100.000,- onder de verplichting de helft van dit bedrag uit te keren aan een van mijn neefjes, die mijn broer zal aanwijzen.' Dat de executeur voor het uitvoeren van deze last de medewerking van 'mijn broer' nodig heeft, maakt de last mijns inziens niet ongeldig (zie ook paragraaf 5.4.3.6).

Het opleggen van testamentaire lasten aan een executeur is een manier om wilsdelegatie ten aanzien van de inhoud van uiterste wilsbeschikkingen te verwezenlijken.<sup>192</sup> De last zou behoudens de executeur aan wie de last is opgelegd, gelet op zijn materiële aard, ook nader kunnen worden geconcretiseerd door een derde. Deze concretisering door een derde maakt dan eveneens deel uit van de verplichting.

192. Erflater dient zich hierbij wel te realiseren dat legitimarissen niet hoeven te dulden dat zij hun legitieme verkrijgen onder bezwaar van een last (art. 4:72 en 4:73 BW). Dit in tegenstelling tot executele, dat niet als inferieur in de zin van art. 4:72 en 4:73 BW wordt aangemerkt.

5.5.6. *Tussenconclusie*

Op grond van art. 4:142 lid 1 BW kan een (beheers-)executeur op drie manieren worden benoemd, te weten: door erflater, door een executeur, door een kantonrechter. Daarmee lijkt art. 4:142 lid 1 BW een echte delegatiebepaling te zijn. Erflater kan aan een ander, te weten een executeur resp. kantonrechter, de bevoegdheid verlenen om een of meer executeurs aan zich toe te voegen of in zijn plaats te stellen resp. als vervanger te benoemen (vgl. paragraaf 4.3.8 waarin de mogelijkheid van een indeplaatsstelling ook naar voren kwam). Doordat art. 4:142 lid 1 BW *uitdrukkelijk* bepaalt dat een erflater bij uiterste wilsbeschikking een of meer executeurs kan benoemen en hierbij de bevoegdheid kan verlenen aan een executeur of de kantonrechter om een executeur toe te voegen, in de plaats te stellen of als vervanger te benoemen, houdt art. 4:142 lid 1 BW (met dit gesloten stelsel) mijns inziens evenwel in wezen een delegatie-beperking in. Waarom spreekt art. 4:142 lid 1 BW dan namelijk niet ook uitdrukkelijk over de mogelijkheid van een *alternatieve keuze* door een derde uit meerdere door erflater genoemde personen? Op grond van de verbintenissenrechtelijke aard van de executeursbenoeming zou dit naar mijn mening wel mogelijk moeten kunnen zijn. En waarom kan erflater enkel aan een executeur of kantonrechter de zojuist genoemde bevoegdheden verlenen en niet aan anderen? Erflater kan er immers 'een goede reden voor hebben een bepaalde (rechts)persoon, die hij niet tot executeur wenst te benoemen, bevoegd te verklaren een opvolgende of een vervangende executeur te benoemen. Deze kan daartoe beter geschikt zijn dan de kantonrechter.'<sup>193</sup> Betoogd zou kunnen worden dat wanneer de erflater in zijn uiterste wil de 'primaire' executeur heeft benoemd, ofwel, al dan niet met behulp van een alternatieve keuze, heeft *bepaald* en de bevoegdheidsverlening om een ander (op het moment van overlijden nog onbepaalde persoon) in de plaats te stellen resp. als vervanger te laten benoemen of toe te voegen, eveneens in zijn uiterste wil heeft neergelegd, de bovenstaande beperking overbodig wordt. Er is dan immers sprake van een *bepaalde* executeur en aan de hand van de uiterste wil kan bovendien worden afgeleid hoe een eventuele vervanging dient plaats te hebben (vgl. paragraaf 4.3.4.2). De rechtszekerheid zou echter wel in het geding kunnen komen wanneer een derde geen opvolgend of vervangende executeur benoemt of lange tijd laat verstrijken voordat hij een opvolger benoemt. Zo bezien komt een indeplaatsstelling, ofwel vervanging door enkel de primaire executeur en als vangnet door de kantonrechter mij wel wenselijk voor.

Met betrekking tot de taken en bevoegdheden van de (beheers-)executeur zijn de regels van afdeling 4.5.6 BW, met name art. 4:145-147 BW, bepalend. De wetgever heeft met deze bepalingen zodoende reeds de taken en bevoegdheden van de executeur objectief ingekleurd. Voor andermans subjectief oordeel ofwel voor wilsdelegatie ten aanzien van de inhoud is hierbij geen plek. Hetgeen naar mijn mening ook overeenstemt met de goederenrechtelijke aspecten die met het beheren van de goederen van de nalatenschap en het voldoen van de schulden van de nalatenschap gepaard kunnen gaan. Niettemin kan erflater met behulp van een executeur inhoudelijke wilsdelegatie wel verwezenlijken. Erflater kan namelijk aan een executeur een of

193. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 680.

meerdere *testamentaire lasten* opleggen (art. 4:144 BW). In deze mogelijkheid om aan een executeur testamentaire lasten op te leggen, is een belangrijke mogelijkheid om te delegeren ten aanzien van de inhoud van een uiterste wilsbeschikking gelegen (zie hiervoor ook paragraaf 5.4). Voorts kan art. 4:147 leden 2 en 3 BW erflater een mogelijkheid bieden voor wilsdelegatie ten aanzien van de werking van deze bepalingen. Ik kom op de al dan niet toelaatbaarheid van wilsdelegatie ten aanzien van de werking van een uiterste wilsbeschikking uitgebreider terug in hoofdstuk 6.

In de paragrafen 5.1 en 5.2 stipte ik reeds aan dat de erflater de mogelijkheid heeft om naast executele ook een afwikkelingsbewind in te stellen en de executeur tevens als afwikkelingsbewindvoerder te laten optreden. Een dergelijke 'executeur-afwikkelingsbewindvoerder', ofwel drie sterren executeur, is formeel geen executeur, maar een afwikkelingsbewindvoerder. Op hem zijn dan ook niet de regels van executele (afdeling 4.5.6 BW), maar die van het testamentaire bewind (afdeling 4.5.7 BW) van toepassing. Wat zegt de aard van het testamentaire bewind over de mate waarin dit bewind door erflater moet zijn bepaald? Ik ga hierop in de volgende paragraaf nader in.

## 5.6. Testamentair bewind

### 5.6.1. Inleidend

Het testamentair bewind is geregeld in afdeling 4.5.7 BW. Deze afdeling is gebaseerd op de regeling van bewind, zoals zij aanvankelijk was voorzien in titel 3.6 BW.<sup>194</sup>

Bij uiterste wilsbeschikking kan erflater bewind instellen over een of meer door hem nagelaten of vermaakte goederen (art. 4:153 BW). Ook een erfdeel kan onder bewind worden gesteld.<sup>195</sup> Het testamentaire bewind wordt, evenals de andere in dit hoofdstuk genoemde beschikkingen, aangemerkt als uiterste wilsbeschikking (art. 4:42 lid 1 BW jo. 4:153 lid 1 BW). Voor het testamentaire bewind geldt zodoende het bepaaldheidsvereiste. Welke mate van bepaaldheid is voor het testamentaire bewind vereist? En is er ruimte voor andermans subjectief oordeel?

Anders dan de executeursbenoeming, waarin *de persoon* van de executeur centraal staat, betreft het instellen van testamentair bewind de door erflater nagelaten of vermaakte goederen. Het testamentaire bewind kent als *onderwerp* dan ook de *goederen* waarover het bewind is ingesteld (art. 4:153 lid 1 BW). De persoon van de bewindvoerder is hierbij van secundair belang. Toch zal ik in de onderstaande paragraaf ook hierbij stilstaan.

194. *Kamerstukken II* 1991/92, 17141, 9, p. 7 (NW2), *Parl. Gesch. Inv.* p. 2077: 'Titel 3.6 BW is 'bij nota van wijziging van wetsontwerp 17 496 (zevende gedeelte Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW) uit de invoeringsregeling van die boeken gelicht, in het bijzonder omdat die titel in de vorm waarin hij in de loop van de tijd was komen te verkeren ingewikkeld werd bevonden en tot problemen en ook misverstanden bleek te leiden.'

195. Onder nagelaten of vermaakte goederen valt niet het vruchtgebruik krachtens afdeling 4.3.2, noch het recht van de legitimaris om de legitieme portie geldend te maken. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 711. Wordt er overigens bewind ingesteld over een vruchtgebruik, dan wordt het recht van vruchtgebruik onder bewind gesteld en niet de goederen waarop het vruchtgebruik rust. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 736; zie ook *Kamerstukken II* 1991/92, 17141, 9, p. 13 (NW 2), *Parl. Gesch. Inv.* p. 2079.

Welke mate van bepaaldheid is vereist ten aanzien van de persoon van de bewindvoerder én welke mate van bepaaldheid is vereist ten aanzien van diens taken en bevoegdheden? Deze vragen komen aan bod in paragraaf 5.6.4.1 resp. 5.6.4.2. Aan de hand van het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor de persoon van de bewindvoerder en het bepaaldheidsvereiste dat geldt ten aanzien van diens taken en bevoegdheden, kan vervolgens worden beoordeeld in hoeverre een ander dan erflater de persoon van de bewindvoerder en de invulling van diens taken en bevoegdheden kan bepalen.

Voorts heb ik aandacht voor het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor de goederen waarover het bewind wordt ingesteld. Ofwel: het bepaaldheidsvereiste dat geldt ten aanzien van het *onderwerp* van het testamentaire bewind. In paragraaf 5.6.5 komt de vraag aan bod of een ander dan erflater kan bepalen op welke goederen het bewind rust (paragraaf 5.6.5.2). Hierbij ga ik zijdelings ook in op de vraag of een ander het tijdstip kan bepalen waarop het bewind aanvangt (paragraaf 5.6.5.3).

Voor een goed begrip van het testamentaire bewind ga ik allereerst nader in op te onderscheiden bewindsvormen en de materiële aard van het testamentaire bewind (paragraaf 5.6.2 en 5.6.3).

### 5.6.2. *Te onderscheiden vormen van testamentair bewind*

Het testamentair bewind kan aan de hand van de strekking van het bewind, worden ingedeeld in verschillende soorten.<sup>196</sup>

1. Het testamentair beschermingsbewind dat is ingesteld *ten behoeve van de recht-hebbende*. De strekking van dit bewind is 'een persoon die niet geschikt is om goederen te beheren of die spilziek is of met schulden overbelast tegen zichzelf of tegen zijn schuldeiser te beschermen'.<sup>197</sup>
2. Het conflictbewind dat is ingesteld *ten behoeve van een ander dan de rechthebbende*. Hierbij kan worden gedacht aan het bewind dat is ingesteld over een vruchtgebruik of tweetrapsmaking. Bij de onder bewind staande goederen is dan (ook) het belang van een ander dan de rechthebbende betrokken.
3. Het gemeenschappelijkbelangbewind dat is ingesteld *ten behoeve van een gemeenschappelijk belang*. Een voorbeeld hiervan is het afwikkelingsbewind (art. 4:155 lid 4 jo. 4:171 BW).<sup>198</sup>

Een combinatie van deze te onderscheiden soorten bewindsvormen is ook mogelijk.<sup>199</sup>

196. Zie ook Breemhaar 1992, nr. 261; F. Schols 2004, p. 16 e.v.; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 448; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 396 e.v.; B. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 570; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 710. Zie over testamentair bewind in het algemeen Van der Ploeg 1945; Breemhaar 1992, nr. 259 e.v.; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 445 e.v.; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 392 e.v.; B. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 567 e.v.; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 706 e.v. Anders dan executele hoeft een legitimaris in beginsel een testamentair bewind op zijn verkrijging niet te dulden (art. 4:72 en 4:73 BW). Dit is slechts anders indien het bewind is ingesteld omdat: a) de legitimaris ongeschikt of onmachtig is in het beheer te voorzien, of b) zonder bewind de goederen hoofdzakelijk diens schuldeisers zouden ten goede komen. Zie art. 4:75 BW, evenals B. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 582-583.

197. TM Boek 4 BW, p. 350.

198. Hierover uitgebreider B. Schols 2007a, p. 407 e.v.; zie ook B. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 548-549; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 745.

199. Zo ook *Kamerstukken II* 1991/92, 17141, 9, p. 13 (NW2), *Parl. Gesch. Inv.* p. 2079.



De strekking van het bewind bepaalt mede de rechtsgevolgen van het bewind. Erflater dient daarom bij voorkeur de strekking van het testamentaire bewind in zijn uiterste wilsbeschikking tot uitdrukking te brengen. Bepaalt erflater niets, dan kent art. 4:155 BW een aantal wettelijke vermoedens.<sup>200</sup>

### 5.6.3. *Materiële aard van testamentair bewind*

Een testamentair bewind kan worden ingesteld over een of meer door erflater nagelaten of vermaakte *goederen* (art. 4:153 lid 1 BW).<sup>201</sup> Het ziet zodoende niet op de persoon van de bewindvoerder noch op de persoon of personen in wiens belang het bewind wordt ingesteld:

'Het bewind is een verband dat *op de goederen* ligt, onafhankelijk van de persoon, die als bewindvoerder optreedt. Zie TM, *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981 (curs. NB).'<sup>202</sup>

En:

'Het bewind is een verband op *bepaalde goederen*, en niet aan de persoon van de rechthebbende gebonden (curs. NB).'<sup>203</sup>

Het testamentair bewind kan dan ook aanvangen zonder dat er een bewindvoerder is (art. 4:157 lid 1 jo. 4:153 lid 2 BW).<sup>204</sup>

200. Breemhaar 1992, nr. 262; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 448; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 396 e.v.; B. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 570-571; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 710. Zie ook *Kamerstukken II* 1991/92, 17141, 9, p. 12 (NW2), *Parl. Gesch. Inv.* p. 2078. Art. 4:155 BW luidt: '1. Het bewind over een *erfdeel of een legaat* wordt vermoed te zijn ingesteld *in het belang van de rechthebbende*, tenzij een der volgende leden van toepassing is. 2. Het bewind over een *vruchtgebruik* wordt vermoed zowel *in het belang van de vruchtgebruiker als van de hoofdgerechtigde* te zijn ingesteld. Hetzelfde geldt voor het bewind over de rechten van gebruik en bewoning. 3. Het bewind over een *voorwaardelijke making* wordt vermoed te zijn ingesteld *in het belang van zowel degene die het goed bij vervulling der voorwaarde verkrijgt, als van degene die het alsdan verliest*. 4. Het bewind over *goederen of aandelen in goederen die gemeenschappelijk beheerd* dienen te worden, wordt vermoed te zijn ingesteld *in een gemeenschappelijk belang* (curs. NB).'

201. Zie ook art. 4:154 BW met betrekking tot zaaksvervanging: 'Tenzij bij de instelling anders is bepaald, omvat het bewind ook de goederen die geacht moeten worden *in de plaats van een onder bewind staand goed te treden*, benevens de vruchten en andere voordelen die zulk een goed oplevert, zolang de vruchten niet zijn uitgekeerd aan degene die daarop recht heeft ingevolge artikel 162 (curs. NB).'

202. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 713. Zie ook *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 474 (met betrekking tot titel 3.6 en de aard van de bewindsfiguur).

203. *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 481.

204. Het moment waarop het bewind aanvangt, hoeft niet gelijk te zijn aan het moment waarop men bewindvoerder wordt. Zie art. 4:157 lid 5 en lid 6 BW waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen de benoeming van een bewindvoerder door de rechter en de benoeming van een bewindvoerder die niet door de rechter geschiedt. De door de rechter benoemde bewindvoerder wordt bewindvoerder daags nadat de griffier hem van zijn benoeming mededeling heeft gedaan, tenzij de beschikking een later tijdstip vermeldt (lid 5). De kantonrechter vergewist zich hierbij van de bereidheid van de door hem te benoemen personen (lid 1), waardoor een expliciete aanvaarding door de bewindvoerder niet meer nodig is. De niet door de rechter benoemde bewindvoerder wordt bewindvoerder daags nadat hij de benoeming heeft aanvaard (lid 6).

Tijdens het bewind komt *het beheer* over de onder het bewind staande goederen niet toe aan de rechthebbende, maar aan de bewindvoerder (art. 4:166 e.v.).<sup>205</sup> Onder beheer dient te worden verstaan al dat wat nodig is voor het op normale wijze exploiteren van goederen. Daartoe behoren eveneens daden van beschikking die door een normale exploitatie worden gevorderd (art. 3:170 lid 2 BW).<sup>206</sup> Op grond van art. 4:172 lid 1 BW is de bewindvoerder, die anders dan in de vorm van medewerking of toestemming, zijn taak uitoefent, bevoegd daarbij de rechthebbende *te vertegenwoordigen* of in eigen naam te zijnen behoeve op te treden.

Het instellen van testamentair bewind heeft primair een *goederenrechtelijk* karakter: het bewind rust immers op goederen. Stelt erflater een testamentair bewind in, dan verliest de rechthebbende de bevoegdheid tot beheer over een of meer van de aan hem nagelaten of vermaakte goederen (art. 4:166 BW e.v.). Tussen de persoon van de bewindvoerder en de rechthebbende kan evenwel een *verbintenisrechtelijke* verhouding bestaan, namelijk die van vertegenwoordiging.<sup>207</sup> Deze verbintenisrechtelijke verhouding is voor het wezen van testamentair bewind evenwel van secundair belang. Testamentair bewind kan immers ook bestaan zonder bewindvoerder (art. 4:157 lid 1 BW jo. 4:153 lid 2 BW).

Gelet op het primaire goederenrechtelijk karakter van het testamentaire bewind, kan worden betoogd dat ten aanzien van het testamentair bewind een strikt bepaaldheidsvereiste geldt;<sup>208</sup> de goederen waarover het bewind wordt ingesteld zullen *door de erflater* in zijn uiterste wil moeten worden bepaald. Of kan de erflater wellicht toch volstaan met bepaalbaarheid en kan hij het aan een ander overlaten om te bepalen welke goederen onder het bewind vallen? Deze vraag komt aan bod in paragraaf 5.6.5.

Geldt het strikte bepaaldheidsvereiste ook voor de persoon van de bewindvoerder? Zoals reeds opgemerkt, ziet het instellen van het testamentair bewind op de goederen en niet op de persoon van de bewindvoerder. Kan dit betekenen dat erflater de bewindvoerder niet steeds zelf in zijn uiterste wilsbeschikking moet benoemen? Op deze vraag ga ik nader in, in paragraaf 5.6.4.1.

Voorts heb ik in paragraaf 5.6.4.2 aandacht voor de taken en bevoegdheden van een bewindvoerder. Bewind is immers in wezen niets anders dan beheer. En de wet schrijft reeds voor wat onder beheer wordt verstaan (art. 3:170 lid 2 BW).<sup>209</sup> Voor andermans subjectief oordeel lijkt in dit kader dan ook geen plaats. Niettemin kent afdeling 4.5.7 BW voor erflater mogelijkheden om van de wettelijke regelingen af te wijken,

205. Zie over het wezen van bewind ook B. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 568 waarin wordt opgemerkt dat: 'bewind betekent vóór alles beheer.'

206. Van Mourik 2011, nr. 18.

207. De bepalingen van volmacht (titel 3 van Boek 3 BW) zijn in dat geval van overeenkomstige toepassing op de rechten en verplichtingen van een wederpartij. Regels die de bevoegdheid van de bewindvoerder betreffen, en feiten die voor een oordeel omtrent zijn bevoegdheid van belang zijn, kunnen niet aan de wederpartij worden tegengeworpen, indien deze met die regels of feiten niet bekend was of behoorde te zijn (art. 4:172 lid 2 BW).

208. Vgl. hetgeen ik opmerkte in paragraaf 4.4 en 5.2 ten aanzien van goederenrechtelijke verhoudingen.

209. Art. 4:171 BW bepaalt evenwel dat bij uiterste wil de bevoegdheden en verplichtingen van een bewindvoerder nader kunnen worden geregeld; zij kunnen ruimer of beperkter worden vastgesteld dan uit de voorgaande bepalingen van afdeling 4.5.7 BW voortvloeit. De erflater kan in beginsel dus, zoals B. Schols in *Handboek Erfrecht* 2011, p. 568 opmerkt: 'zelf invulling geven aan het 'wezen' van het bewind'.

namelijk: art. 4:153 lid 2 BW, art. 4:154 BW, art. 4:157 lid 1 BW, art. 4:158 lid 1 en 2 BW, art. 4:159 lid 1 BW, art. 4:160 lid 2 BW, art. 4:161 lid 1 en 2 BW, art. 4:162 BW, art. 4:164 lid 1 sub d BW en art. 4:171 BW.<sup>210</sup> Een aantal van deze bepalingen betreft een afwijking van de wettelijke taken en bevoegdheden van de bewindvoerder, zoals bijvoorbeeld art. 4:161 BW en art. 4:171 BW. Met name art. 4:171 BW is op delegatievlak interessant. Dit artikel biedt namelijk de mogelijkheid voor erfflater om de bevoegdheden van de bewindvoerder *uit te breiden*. Kan erfflater hiermee ook bevoegdheden aan de bewindvoerder geven die door diens subjectieve oordeel nader worden ingekleurd? Ofwel kan erfflater met behulp van art. 4:171 BW de bewindvoerder als gedelegeerde laten optreden? En kan hij nog andere taken of bevoegdheden aan de bewindvoerder verlenen, die niet door hem maar door andermans subjectieve oordeel nader worden geconcretiseerd?

#### 5.6.4. *Delegatie ten aanzien van de bewindvoerder*

##### 5.6.4.1. Persoon van de bewindvoerder

Er kan een testamentair bewind zijn, zonder dat er een bewindvoerder is. Art. 4:157 lid 1 BW bepaalt in dit kader dat:<sup>211</sup>

*'Indien de uiterste wil niet voorziet in de regeling der benoeming van een bewindvoerder, wijst de kantonrechter een of meer bewindvoerders aan op verzoek van de rechthebbende, een erfgenaam, legataris of andere belanghebbende dan wel van de executeur. De kantonrechter vergewist zich van de bereidheid van de door hem te benoemen personen (curs. NB).'<sup>212</sup>*

Wanneer deze bepaling wordt geplaatst in de context van art. 4:153 lid 1 BW (dat bepaalt dat erfflater bij uiterste wilsbeschikking bewind kan instellen over een of meer door hem nagelaten of vermaakte goederen) schemert door dat erfflater niet steeds zelf een primaire bewindvoerder moet hebben benoemd, om een testamentair bewind in te stellen.<sup>213</sup> Het is zodoende mogelijk om iemand anders te laten bepalen wie als

210. Zie voor deze bepalingen de paragrafen hierna, te weten paragraaf 5.6.4 en 5.6.5.

211. Tot bewindvoerder kan overigens een ieder worden benoemd, behoudens de personen genoemd in art. 4:157 lid 2 BW ('Handelingsonbekwamen, zij van wie een of meer goederen onder een bewind als bedoeld in titel 19 van Boek 1 zijn gesteld, zij die in staat van faillissement verkeren of ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard, alsmede de personen genoemd in artikel 59 kunnen niet tot bewindvoerder worden benoemd.') en rechtspersonen met beperkte rechtsbevoegdheid (art. 4:157 lid 3 BW).

212. Voor het moment waarop men bewindvoerder wordt, zie art. 4:157 lid 5 en 6 BW: '5. De door de rechter benoemde wordt bewindvoerder daags nadat de griffier hem van zijn benoeming mededeling heeft gedaan, tenzij de beschikking een later tijdstip vermeldt. 6. De niet door de rechter benoemde wordt bewindvoerder daags nadat hij de benoeming heeft aanvaard.'

213. Zo ook Asser/Perrick 2013 (4), nr. 715: '*In het algemeen zal de erfflater in de uiterste wil zelf een (eerste) bewindvoerder benoemen. De erfflater kan iemand aanwijzen die bij het ontbreken van de eerstbenoemde kan optreden. Hij kan ook op een andere wijze in de benoeming van een bewindvoerder voorzien door aan de bewindvoerder(s) de bevoegdheid toe te kennen een opvolger te benoemen (curs. NB).*' En: '*De erfflater kan ook een derde, waaronder begrepen een rechtspersoon, de bevoegdheid verlenen een (opvolgende) bewindvoerder te benoemen. Zonder uitdrukkelijke bepaling in de uiterste wil mag niet worden aangenomen dat de erfflater aan de bewindvoerder de bevoegdheid tot substitutie heeft willen geven. Zie Parl. Gesch. BW Inv. Boek 4 2003, p. 2110 (curs. NB).*'

bewindvoerder optreedt. Hierbij is het evenwel van essentieel belang dat erflater deze (delegatie-)bevoegdheid steeds uitdrukkelijk in zijn uiterste wilsbeschikking aan de derde of, in het geval van substitutie, aan de primaire bewindvoerder verleent. Dit wordt ook vooropgesteld in de parlementaire geschiedenis. Een wettelijke regeling om aan bewindvoerders de bevoegdheid te geven bij notariële akte hun eigen opvolger aan te wijzen, wordt hierin bekritiseerd. Zonder uitdrukkelijke bepaling in de uiterste wil mag niet worden aangenomen dat de erflater aan de bewindvoerder de bevoegdheid tot substitutie heeft willen geven.<sup>214</sup>

Indien erflater in zijn uiterste wil niet voorziet in een regeling omtrent de benoeming van een bewindvoerder, kan de kantonrechter een of meer bewindvoerders aanwijzen op verzoek van de rechthebbende, een erfgenaam, legataris of andere belanghebbende dan wel van de executeur. De bewindvoerder wordt in dat geval bewindvoerder daags nadat de griffier hem van zijn benoeming mededeling heeft gedaan of op het tijdstip dat in de beschikking is vermeld (art. 4:157 lid 5 BW). De kantonrechter vergewist zich hierbij van de bereidheid van de door hem te benoemen personen (art. 4:157 lid 1 BW), waardoor een expliciete aanvaarding door de bewindvoerder niet meer nodig is.<sup>215</sup>

Zo nodig, kan de kantonrechter ook *ambtshalve* een tijdelijke bewindvoerder benoemen (art. 4:157 lid 4 BW). Hierbij kan worden gedacht aan het geval dat de primaire bewindvoerder door ziekte of verblijf in het buitenland, tijdelijk niet in staat is zijn functie uit te oefenen.<sup>216</sup> Deze bepaling kan naar mijn mening evenwel ook als vangnet dienst bewijzen, indien in de uiterste wil niet is voorzien in een regeling omtrent de benoeming van de bewindvoerder en een verzoek tot het benoemen van een bewindvoerder door een van de in lid 1 genoemde personen enige tijd uitblijft. Het ambtshalve benoemen van een tijdelijke bewindvoerder door de kantonrechter zorgt ervoor dat er toch een – weliswaar tijdelijke – bewindvoerder zal zijn die met het beheer van de onder bewind gestelde goederen is belast.

Art. 4:157 lid 1 BW brengt ruime delegatie-mogelijkheden mee voor wat het bepalen van de persoon van de bewindvoerder betreft. Erflater kan de bevoegdheid hiertoe immers in zijn uiterste wilsbeschikking aan een derde geven. Gelet op de materiële aard van het testamentaire bewind verbaast dit niet. Het bewind ziet immers op *goederen* en niet op de persoon die als bewindvoerder optreedt. Deze persoon hoeft dan ook niet door erflater *bepaald* of *bepaalbaar* te zijn. Hij is immers niet het *onderwerp* van de uiterste wilsbeschikking.<sup>217</sup>

214. *Kamerstukken II 1992/93, 17141, 12, p. 58-59 (MvA II), Parl. Gesch. Inv. p. 2110.*

215. Zie in dit kader ook art. 4:157 lid 6 BW: 'De *niet* door de rechter benoemde wordt bewindvoerder daags nadat hij de beschikking heeft aanvaard (curs. NB).'

216. *Kamerstukken II 1991/92, 17141, 9, p. 10 (NW2), Parl. Gesch. Inv. p. 2092.*

217. Zoals ik in paragraaf 5.6.3 opmerkte kan er wel een *verbintenisrechtelijke verhouding* (voor verbintenisrechtelijke verhoudingen is een zekere bepaalbaarheid vereist, zie paragraaf 4.3 en 5.3.2 en 5.5.4) ontstaan tussen de persoon van de bewindvoerder en de rechthebbende, namelijk die van vertegenwoordiging. Deze verhouding is er echter pas/ *ontstaat* echter pas op het moment dat er reeds een *bepaalde* bewindvoerder optreedt.

## 5.6.4.2. Taken en bevoegdheden van de bewindvoerder

A) *Inleidend*

De taken en bevoegdheden van de bewindvoerder zijn in afdeling 4.5.7 BW neergelegd.<sup>218</sup> De bewindvoerder dient onder andere het bewind en zijn benoeming te doen inschrijven in de registers als bedoeld in art. 4:160 lid 2 BW, een boedelbeschrijving op te maken, zekerheid te stellen indien dit bij de instelling van het bewind is bepaald, de vruchten uit te keren, evenals rekening en verantwoording af te leggen (art. 4:160-162 BW). De belangrijkste taak, en de daarmee gepaard gaande bevoegdheid, van de bewindvoerder is *het beheren* van de onder bewind gestelde goederen.<sup>219</sup> Deze bevoegdheid wordt door de wet aan de bewindvoerder verleend. Art. 4:166 BW bepaalt (ongeacht de strekking van het bewind):

*'De rechthebbende is naast de bewindvoerder bevoegd tot handelingen dienende tot gewoon onderhoud van de goederen die hij in gebruik heeft en tot handelingen die geen uitstel kunnen lijden. Voor het overige komt het beheer uitsluitend toe aan de bewindvoerder (curs. NB).'*

Wat onder beheer wordt verstaan, wordt door de wet in art. 3:170 lid 2 BW voorgeschreven:

*'Onder beheer zijn begrepen alle handelingen die voor de normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn, alsook het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties.'*

Daartoe kunnen eveneens daden van beschikking behoren die door een normale exploitatie worden gevorderd.<sup>220</sup> De bewindvoerder mag de onder bewind gestelde goederen niet aan bijzondere risico's bloot stellen. Hij zal deze goederen juist tegen zulke risico's moeten beschermen.<sup>221</sup> De wet verleent én kleurt zodoende de belangrijkste bevoegdheid van de bewindvoerder, namelijk het beheren van het onder

218. Zie Lijten & Meijer 2014 met betrekking tot onduidelijkheid over de bevoegdheden van de door een erflater benoemde 'executeur-afwikkelingsbewindvoerder', zonder dat een bewind is ingesteld, terwijl de hem in de uiterste wil van erflater opgedragen taken en toegekende bevoegdheden zijn omschreven in overeenstemming met de taak van de executeur volgens de wet. Is er geen bewind ingesteld dan is er strikt genomen geen sprake van een executeur-afwikkelingsbewindvoerder. Om te kunnen spreken van een testamentair bewind zal erflater immers bij uiterste wilsbeschikking een of meer door hem nagelaten of vermaakte goederen (het object) onder bewind moeten stellen (art. 4:153 BW). Het instellen van testamentair bewind heeft primair een *goederenrechtelijk* karakter: het bewind rust op goederen, ongeacht de persoon van de bewindvoerder. Met Lijten en Meijer ben ik dan ook van mening dat de benoeming van een 'bewindvoerder' niet voldoende is om aan te nemen dat de erflater een bewind heeft ingesteld. Zie ook Klaassen/Lijten & Meijer 2008 (II), nr. 371. Gaat men de uiterste wil evenwel uitleggen, dan kan toch tot het instellen van een bewind worden geconcludeerd. Bijvoorbeeld indien er een bewindvoerder wordt benoemd met zelfstandige verdeelingsbevoegdheid.

219. *Kamerstukken II* 1991/92, 17141, 9, p. 12 (NW 2), *Parl. Gesch. Inv.* p. 2078.

220. Van Mourik 2011, nr. 18.

221. *Kamerstukken II* 1991/92, 17141, 9, p. 12 (NW 2), *Parl. Gesch. Inv.* p. 2078.

bewind gestelde vermogen, nader in. Voor andere handelingen dan beheershandelingen zijn in art. 4:169 BW de bevoegdheden van de bewindvoerder geregeld. Art. 4:170 BW geeft voorts de bevoegdheden van de bewindvoerder in het kader van de verdeling van een gemeenschap. In art. 4:172 BW en art. 4:173 BW zijn tot slot vertegenwoordigingsbevoegdheden neergelegd. De bewindvoerder die, anders dan in de vorm van medewerking of toestemming, zijn taak uitoefent, is op grond van art. 4:172 BW bevoegd daarbij de rechthebbende te vertegenwoordigen of in eigen naam te zijnen behoeve op te treden. En ingevolge art. 4:173 BW vertegenwoordigt de bewindvoerder de rechthebbende in gedingen ter zake van onder het bewind staande goederen.

Kan *erflater* evenwel nog (andere) bevoegdheden aan de bewindvoerder verlenen, waarbij hij het aan het subjectieve oordeel van een ander of van de bewindvoerder overlaat om deze bevoegdheid of bevoegdheden nader te concretiseren?

#### B) *Taakverdeling bij meerdere bewindvoerders*

Art. 4:158 lid 1 BW handelt over de taakverdeling bij een of meer bewindvoerders:

'Zijn er twee of meer bewindvoerders, dan kan ieder van hen alle werkzaamheden die tot het bewind behoren alleen verrichten, *tenzij de uiterste wil of de kantonrechter anders bepaalt* (curs. NB).'

Deze bepaling opent een mogelijkheid om andermans subjectieve oordeel een rol te laten spelen bij de vaststelling van de taakverdeling van twee of meer bewindvoerders.

Dat andermans subjectieve oordeel een rol kan spelen, blijkt uit de bepaling zelf: '*tenzij de kantonrechter anders bepaalt*'. Ik zie evenwel ook geen bezwaren tegen een bepaling in de uiterste wil als: 'de taakverdeling van de bewindvoerders wordt vastgesteld door bewindvoerder X'. Of bijvoorbeeld door de langstlevende echtgenote of een goede vriend. Dit, gelet op het gegeven dat de taakverdeling niet het wezen van het bewind betreft (te weten de goederen waarop het bewind rust), gelet op de zinsnede '*tenzij de uiterste wil anders bepaalt*'<sup>222</sup> en gelet op art. 4:42 lid 3 BW dat slechts een formeel aspect tot uitdrukking brengt en geen delegatieverbod inhoudt (zie paragraaf 2.5 en hoofdstuk 3). Bewindvoerder X, de langstlevende echtgenote of een goede vriend kunnen overigens daartoe vanuit hun relatie met *erflater* ook beter geschikt zijn dan de kantonrechter.

#### C) *De clausule 'tenzij bij de instelling van het bewind anders is bepaald' of iets vergelijkbaars*

Hetgeen ik zojuist opmerkte ten aanzien van het vaststellen van de taakverdeling bij meerdere bewindvoerders zou, voor wat de taken en bevoegdheden van de bewindvoerder betreft, (met het besef dat we geen algemeen delegatieverbod kennen, gelet

222. Vgl. art. 4:153 lid 2 BW: '*tenzij de erflater anders heeft bepaald*', waarbij voor delegatie ten aanzien van de inhoud van de uiterste wilsbeschikking geen plaats lijkt. Het is immers, zo bepaalt de wet expliciet, *de erflater* die anders moet bepalen.

op de formulering en op het gegeven dat het niet het wezen van het testamentair bewind betreft) ook kunnen opgaan ten aanzien van:

- Het inschrijven van het bewind en de benoeming in de registers als bedoeld in art. 4:160 lid 2 BW ('tenzij bij de instelling van het bewind anders is bepaald').
- Het vaststellen van het tijdstip waarop rekening en verantwoording dient te worden afgelegd (art. 4:161 lid 1 BW: 'tenzij andere tijdstippen zijn bepaald') en het afleggen van rekening en verantwoording indien de rechthebbende of een belanghebbende niet in staat is tot het opnemen van de rekening, of het onzeker is wie de rechthebbende of belanghebbende is (art. 4:161 lid 2 BW: 'tenzij de uiterste wil iets anders bepaalt').
- De uitkering van de netto-opbrengst en het tijdstip ervan (art. 4:162 lid 1 BW: 'voor zover bij de instelling van het bewind niet anders is bepaald'). Evenals ten aanzien van de bepaling dat zolang onzekerheid bestaat wie op de netto-opbrengst recht heeft of de rechthebbende niet tot ontvangst in staat is, de netto-opbrengst onder het bewind blijft (art. 4:162 lid 2 BW: 'tenzij de uiterste wil of de kantonrechter anders bepaalt').<sup>223</sup>

Met deze 'tenzij'-clausules stelt de wet uitdrukkelijk erflaters testeervrijheid (in materiële zin; zie paragraaf 1.2.2.1) voorop. Dat wil zeggen de vrijheid om de inhoud, werking en voorwaarden van een uiterste wilsbeschikking naar eigen inzicht te bepalen. Vanuit dit oogpunt bekeken en met het besef dat art. 4:42 lid 3 BW geen delegatieverbod impliceert (hoofdstuk 3), kan de vraag worden gesteld waarom erflater *bij uiterste wil* niet bijvoorbeeld het volgende zou kunnen bepalen:

- 'De bewindvoerder schrijft het bewind en zijn benoeming in de registers als bedoeld in art. 4:160 lid 2 BW in, *voorzover mijn erfgenamen dit allen naar hun redelijk oordeel nodig achten*' (art. 4:160 lid 2 BW).
- 'De bewindvoerder legt rekening en verantwoording af aan de rechthebbende *op door de rechthebbende te bepalen tijdstippen*, doch maximaal één keer in het jaar' (art. 4:161 lid 1 BW).
- 'De bewindvoerder *bepaalt in hoeverre* de vruchten van het onder bewind gestelde vermogen aan de rechthebbende worden uitgekeerd' (art. 4:162 lid 1 BW).<sup>224</sup>

223. Zie voorts voor andere mogelijkheden om af te wijken van de wettelijke regeling: art. 4:154 BW (ten aanzien van de zaaksvervangingsregeling), art. 4:157 BW (ten aanzien van de benoeming van een bewindvoerder, zie hiervoor paragraaf 5.6.4.1), art. 4:158 lid 2 BW (ten aanzien van een regeling voor het oplossen van geschillen tussen bewindvoerders), art. 4:159 BW (ten aanzien van het vaststellen van het loon), art. 4:164 lid 1 sub d BW (ten aanzien van het einde van de hoedanigheid van bewindvoerder).

De bepaling van art. 4:160 lid 1 derde zin BW met betrekking tot de zekerheidsstelling door de bewindvoerder is naar mijn mening te restrictief geformuleerd om andermans subjectief oordeel te kunnen toelaten. Art. 4:160 lid 1 derde zin BW luidt: 'Tot het stellen van zekerheid is hij [de bewindvoerder] slechts verplicht, *indien dit bij de instelling van het bewind is bepaald*.' Vergelijk hiermee bepalingen als 'in de gevallen als bij de instelling van het bewind is bepaald' of 'voor zover bij de instelling van het bewind is bepaald', waar mijns inziens wel een mogelijkheid kan bestaan om andermans subjectief oordeel een rol te laten spelen.

224. Zie ook Asser/Perrick 2013 (4), nr. 725. De vruchten van het onder bewind gestelde vermogen zijn, zolang zij niet zijn uitgekeerd aan de rechthebbende, onderworpen aan het testamentaire bewind (art. 4:154 BW). In beginsel worden de vruchten telkens bij het afleggen van de rekening en verantwoording aan de rechthebbende uitgekeerd. Bij de instelling van het bewind kan evenwel anders worden bepaald (art. 4:162 lid 1 BW).

Dit alles, ter voorkoming van willekeur, met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid.<sup>225</sup> Getuige de formulering van de clausules ('de uiterste wil', 'bij de instelling van het bewind', enz.) is het van belang dat erflater expliciet in zijn uiterste wil vastlegt hoe het 'anders regelen' of 'anders bepalen' eruitziet. Erflater dient anders gezegd reeds zelf in *zijn uiterste wil* te hebben bepaald of en in hoeverre andermans subjectieve oordeel een rol kan spelen. Of dit ook geldt voor de clausule 'tenzij andere tijdstippen zijn bepaald' blijkt mijns inziens niet duidelijk uit de formulering.

De toelaatbaarheid van het laatste voorbeeld ('*De bewindvoerder bepaalt in hoeverre de vruchten van het onder bewind gestelde vermogen aan de rechthebbende worden uitgekeerd*') volgt overigens uit HR 18 oktober 2013, NJ 2014/214.<sup>226</sup> Naar mijn mening zou deze bevoegdheid evenwel niet alleen aan de bewindvoerder kunnen worden verleend, maar bijvoorbeeld ook aan de langstlevende echtgenoot, een goede vriend of aan de executeur. Dit laatste dan, indien deze bevoegdheid aan de executeur in hoedanigheid van executeur (niet tevens afwikkelingsbewindvoerder) is verleend, gelet op het wettelijke takenpakket van de executeur, in de vorm van een testamentaire last. Dat een dergelijke bevoegdheidsverlening, om te bepalen in hoeverre de vruchten van het onder bewind gestelde vermogen aan de rechthebbende ter beschikking worden gesteld, *aan de bewindvoerder* kan worden verleend en niet botst met diens wettelijk takenpakket en de daarbij behorende bevoegdheden, wordt uitdrukkelijk bevestigd in art. 4:171 BW. Deze bepaling opent namelijk de mogelijkheid om de bevoegdheden en de verplichtingen van de bewindvoerder bij de uiterste wil nader te regelen en daarbij ruimer of beperkter vast te stellen dan uit de voorgaande bepalingen van afdeling 4.5.7 BW voortvloeit. Aan art. 4:171 lid 1 BW besteed ik hierna nader aandacht.

225. Vgl. paragraaf 4.3.5 'Objectivering door redelijkheid en billijkheid voorkomt willekeur'.

226. HR 18 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:983, NJ 2014/214. In deze beschikking ging het om de verhouding tussen testamentair bewind (art. 4:153 e.v.) en ouderlijk vruchtgenot (art. 1:253l BW). Erflaatster had in casu geen gebruik gemaakt van de bevoegdheid als bedoeld in art. 1:253m BW om het ouderlijk vruchtgenot uit te sluiten. Zij had in haar uiterste wil evenwel de volgende clausule opgenomen: 'De bewindvoerder bepaalt of en in welke mate de inkomsten uit het onder bewind gestelde vermogen aan de eigenaar ter beschikking worden gesteld.' De bewindvoerder maakte van de aan hem verleende bevoegdheid gebruik en bepaalde dat de gekweekte rente uit het onder bewind gestelde vermogen pas vanaf de leeftijd van 22 jaar aan de zoon mag worden uitgekeerd. Dat bracht volgens de Hoge Raad mee dat 'deze rente, evenals het vermogen zelf, tot die tijd onder het verband van het bewind blijft rusten, zodat de zoon daarover nog niet kan beschikken. Daarom moet worden aangenomen dat ook de vader daarover niet op grond van het *ouderlijk vruchtgenot* kan beschikken (tenzij de kantonrechter hem daartoe toestemming zou geven),' aldus r.o. 3.6.1. De aanspraak van vader op grond van het ouderlijk vruchtgenot wordt door deze bevoegdheidsverlening evenwel niet illusoir gemaakt. Vader zal slechts geduld moeten betrachten tot het moment waarop de zoon meerderjarig wordt. Zie in dit kader ook Ter Haar 2012 (met betrekking tot de uitspraak Hof 's-Gravenhage 11 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW8529); Ter Haar 2013b; Nuytinck 2014; Mellema-Kranenburg 2014.



## D) Art. 4:171 BW

Art. 4:171 lid 1 BW bepaalt dat:

*'Bij de uiterste wil kunnen de bevoegdheden en verplichtingen van de bewindvoerder nader worden geregeld; zij kunnen daarbij ruimer of beperkter worden vastgesteld dan uit de voorgaande bepalingen van deze afdeling voortvloeit (curs. NB).'*

Hiermee biedt art. 4:171 BW erflater eveneens een mogelijkheid om ten aanzien van de taken en bevoegdheden van de bewindvoerder van de wettelijke regeling af te wijken.<sup>227</sup> Erflater kan bijvoorbeeld in zijn uiterste wil bepalen dat de bewindvoerder periodiek uitkeringen uit het bewindsvermogen aan de rechthebbende moet doen.<sup>228</sup> Of bijvoorbeeld dat de bewindvoerder *zelfstandig* (zonder de medewerking van de rechthebbende en zonder machtiging van de kantonrechter) beschikkings- of *verdelingsbevoegd* is. Vergelijk in dit kader ook het afwikkelingsbewind (art. 4:155 lid 4 jo. art. 4:171 BW) en een belangrijke toepassing hiervan: de quasi-wettelijke verdeling.<sup>229</sup> Bij de quasi-wettelijke verdeling is de bewindvoerder gebonden aan het tot stand brengen van een verdeling 'alsof' de wettelijke verdeling zou gelden. Hierbij is zodoende nagenoeg geen ruimte voor het *subjectieve oordeel* van de afwikkelingsbewindvoerder<sup>230</sup> en geen ruimte voor, noch sprake van, wilsdelegatie. De bevoegdheid om de bewindvoerder zelfstandig *én naar diens oordeel* (zonder richtsnoer)<sup>231</sup> een verdeling tot stand te laten brengen, kan erflater op grond van art. 4:171 BW evenwel ook aan de bewindvoerder verlenen.<sup>232</sup> Art. 4:171 BW bepaalt immers dat erflater *bij uiterste wil* de aan de bewindvoerder wettelijk toebedeelde taken en bevoegdheden (art. 4:153-170 BW), zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid om met toestemming van de rechthebbende over de goederen te beschikken (art. 4:169 BW) of de verdeling te vorderen en met toestemming van de rechthebbende mee te werken aan de verdeling (art. 4:170 BW), nader kan *regelen*. Ten aanzien van deze wettelijke taken en bevoegdheden geldt door het bepaalde in art. 4:171 BW zodoende *regelend recht*. Ofwel: art. 4:171 BW stelt met betrekking tot de taken en bevoegdheden van de bewindvoerder *erflaters* vrijheid om de inhoud, werking en voorwaarden van een uiterste wilsbeschikking *naar eigen inzicht* te bepalen, voorop (vgl. hoofdstuk 1). De

227. Voor de andere mogelijkheden voor erflater om van de wettelijke regeling af te wijken, zie hiervoor in paragraaf 5.6.4.2 onder C 'Clausule 'tenzij bij de instelling van het bewind anders is bepaald' of iets vergelijkbaars' en voetnoot 223 van dit hoofdstuk.

228. *Kamerstukken II* 1991/92, 17141, 9, p. 17 (NW 2), *Parl. Gesch. Inv.* p. 2132.

229. Over het afwikkelingsbewind uitgebreider B. Schols 2007a, p. 407 e.v. Zie ook B. Schols 2004a en 2004b; B. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 548 e.v.; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 745. Zie voor een overzicht van de stand van zaken in de rechtspraak ook B. Schols 2012, p. 73 e.v.

230. De bewindvoerder kan uiteraard wel beslissen of hij van zijn bevoegdheid gebruik maakt.

231. Bijvoorbeeld zoals bepaald in het KNB-model 'Testament wettelijke verdeling (man)' (versie 16-12-2009), waarin de woorden '*naar eigen inzicht*' worden gebezigd: 'Ik stel een bewind in over de erfdelen van mijn overige erfgenamen en benoem mijn echtgenote tot bewindvoester. Dit bewind wordt ingesteld in het belang van alle betrokkenen om te komen tot een goede afwikkeling van de nalatenschap. Mijn echtgenote is daarom bevoegd om naast de in de wet vermelde beheerstaken te beschikken over de goederen van de nalatenschap zonder medewerking van mijn overige erfgenamen en zonder machtiging van de kantonrechter. Voorts is zij bevoegd als vertegenwoordiger van mijn overige erfgenamen de nalatenschap *naar eigen inzicht te verdelen* (curs. NB).'

232. Anders Van Mourik 2013, nr. 81.1.

goederenrechtelijke aard van het testamentaire bewind verzet zich, door het bepaalde in art. 4:171 BW, met betrekking tot de *taken en bevoegdheden* van de bewindvoerder zodoende niet tegen een soepele opvatting van het bepaaldheidsvereiste met ruimte voor subjectieve elementen.

Art. 4:171 BW kent binnen de kaders van afdeling 4.5.7 BW ten aanzien van de taken en bevoegdheden van de bewindvoerder een grote testeervrijheid aan erflater toe. Erflater kan op grond van art. 4:171 BW de aan de bewindvoerder wettelijk toebedeelde taken en bevoegdheden (art. 4:153-170 BW) ruimhartig nader regelen. Erflater kan op grond van art. 4:171 BW echter *niet* tornen aan buiten de kaders van afdeling 4.5.7 BW gelegen bepalingen, zoals de bepalingen met betrekking tot de erfstelling of het legaat (afdeling 4.5.1 en 4.5.2 BW). Noch aan bepalingen binnen de kaders van afdeling 4.5.7 BW die evenwel niet de taken en bevoegdheden van de bewindvoerder als zodanig betreffen. Ik doel hiermee op bepalingen die zien op *het wezen* van het testamentair bewind (art. 4:153 BW). Dat wil zeggen de *goederen* waarop het bewind rust. Erflater kan het op grond van art. 4:171 BW dus *niet* aan de bewindvoerder overlaten om te bepalen welke goederen tot het bewind behoren en daarmee wat de strekking van het bewind is. Kan erflater dit evenwel (toch) op grond van art. 4:153 BW of een andere bepaling? Ofwel kan erflater het aan andermans subjectief oordeel, zoals het oordeel van de bewindvoerder of het oordeel van een derde, overlaten om te bepalen welke goederen tot het bewind behoren? Het antwoord op deze vraag behandel ik in de volgende paragraaf.

#### 5.6.5. *Delegatie ten aanzien van de goederen waarover bewind wordt ingesteld en delegatie ten aanzien van het instellen van testamentair bewind*

##### 5.6.5.1. Inleidend

In de hierna volgende paragrafen ga ik nader in op de vraag of en in hoeverre erflater het aan andermans oordeel kan overlaten om te bepalen *welke goederen* onder bewind worden gesteld (paragraaf 5.6.5.2) *en wanneer het bewind aanvangt* (paragraaf 5.6.5.3). Hieraan voorafgaand breng ik in herinnering dat een rechtshandeling, zoals het instellen van testamentair bewind (art. 4:153 BW), zich van andere handelingen onderscheidt door haar op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring openbaart (art. 3:33 BW). En om de rechtsgevolgen te kunnen vaststellen dient iedere handeling steeds in voldoende mate bepaald te zijn (zie ook paragraaf 2.2.2). Welke mate van bepaaldheid voor eenzijdige rechtshandelingen (zoals uiterste wilsbeschikkingen) vereist is teneinde de beoogde rechtsgevolgen in het leven te roepen, hangt af van de in de wet opgenomen vereisten ten aanzien van de inhoud van de desbetreffende rechtshandeling (paragraaf 4.5 en 4.6). Voor het testamentair bewind geldt dat *de strekking* van het testamentaire bewind ook mede de rechtsgevolgen bepaald. Erflater dient daarom bij voorkeur de strekking van het testamentaire bewind in zijn uiterste wilsbeschikking tot uitdrukking te brengen (paragraaf 5.6.2).

## 5.6.5.2. Delegatie ten aanzien van de goederen waarover bewind wordt ingesteld

## A) Welk bepaaldheidsvereiste?

Om te kunnen spreken van een testamentair bewind zal erflater bij uiterste wilsbeschikking een of meer door hem nagelaten of vermaakte *goederen* onder bewind moeten stellen (art. 4:153 BW).<sup>233</sup> Testamentair bewind heeft daarmee primair een *goederenrechtelijke aard* (paragraaf 5.6.3): Het is een verband 'op bepaalde goederen', onafhankelijk van de persoon die als bewindvoerder optreedt en onafhankelijk van de persoon van de rechthebbende.<sup>234</sup> Bewind kan dan ook gevolgen hebben voor derden, zoals schuldeisers. Zie in dit kader bijvoorbeeld art. 4:175 BW.<sup>235</sup> Het goederenrechtelijke karakter van het testamentaire bewind duidt mijns inziens op een strikt bepaaldheidsvereiste ten aanzien van de goederen (vgl. paragraaf 4.4 en 5.2, waarin naar voren kwam dat voor goederenrechtelijke verhoudingen een strikter bepaaldheidsvereiste geldt dan voor verbintenisrechtelijke verhoudingen). Erflater zal de goederen die onder bewind worden gesteld dan ook in zijn uiterste wil dienen te bepalen. Hij kan hierbij naar mijn mening niet volstaan met 'bepaalbaarheid' die nader kan worden ingekleurd aan de hand van subjectieve elementen van anderen.

## B) Tenzij-clausule ten aanzien van zaaksvervangende vruchten

Art. 4:154 BW bepaalt dat het bewind ook de goederen omvat die geacht worden in de plaats van een onder bewind staand goed te treden, benevens de vruchten en andere voordelen die zulk een goed oplevert, zolang de vruchten niet zijn uitgekeerd aan degene die daarop recht heeft ingevolge art. 4:162 BW, *tenzij bij de instelling anders is*

233. Ook een erfdeel kan onder bewind worden gesteld. Onder nagelaten of vermaakte goederen valt niet het vruchtgebruik krachtens afdeling 4.3.2 BW, noch het recht van de legitimaris om de legitieme portie geldend te maken. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 711. Wordt er overigens bewind ingesteld over een vruchtgebruik, dan wordt *het recht van vruchtgebruik* onder bewind gesteld en niet de goederen waarop het vruchtgebruik rust. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 736; zie ook *Kamerstukken II 1991/92, 17141, 9, p. 13 (NW 2), Parl. Gesch. Inv. p. 2079*.

234. Vgl. *Parl. Gesch. Boek 3, p. 474 en p. 481*.

235. Art. 4:175 BW bepaalt dat: '1. Tijdens het bewind kunnen de onder het bewind staande goederen ten laste van de rechthebbende slechts worden uitgewonnen voor:

- a. de schulden van de nalatenschap, voor zover die schulden ten laste van die goederen kunnen worden gebracht;
- b. de schulden die de goederen betreffen;
- c. de schulden voortvloeiend uit rechtshandelingen die door de rechthebbende binnen de grenzen van zijn in de artikelen 166 en 167 bedoelde bevoegdheid zijn verricht;
- d. de schulden voortvloeiend uit rechtshandelingen die ondanks onbevoegdheid van de rechthebbende krachtens artikel 168 lid 1 geldig zijn, tenzij de bewindvoerder goederen van de rechthebbende aanwijst die niet onder bewind staan en die geheel of gedeeltelijk verhaal bieden;
- e. de schulden waarvoor de rechthebbende overeenkomstig artikel 174 wegens gedragingen van de bewindvoerder aansprakelijk is.

2. De goederen kunnen voor de in lid 1 onder e bedoelde schulden ook worden uitgewonnen, nadat ze onder last van het bewind op een andere rechthebbende zijn overgegaan.

3. De goederen worden vrij van het bewind uitgewonnen, tenzij dit uitsluitend of mede in het belang van een ander dan de rechthebbende of in een gemeenschappelijk belang is ingesteld (curs. NB).'

*bepaald*.<sup>236</sup> De vraag kan worden gesteld of deze 'tenzij-bepaling' ruimte biedt voor erflater om andermans subjectief oordeel ten aanzien hiervan een rol te laten spelen. Vergelijk hiermee hetgeen ik heb opgemerkt in paragraaf 5.6.4.2 onder 'C' met betrekking tot HR 18 oktober 2013, NJ 2014/214 waarin de bewindvoerder (conform art. 4:162 lid 1 jo. 4:171 BW)<sup>237</sup> mocht bepalen in hoeverre de vruchten van het onder bewind gestelde vermogen aan de rechthebbende werden uitgekeerd. Deze bepaling betrof, anders dan art. 4:154 BW, evenwel niet het wezen van het bewind, namelijk de goederen waarop het bewind betrekking heeft. Zij betrof 'slechts' de taken en bevoegdheden van de bewindvoerder. Art. 4:154 BW ziet echter wel op de goederen die onder het bewind vallen en raakt daarmee de kern van het bewind. Het is om deze reden en vanwege de goederenrechtelijke aard van het testamentaire bewind dat ik van mening ben dat het niet is toegestaan dat erflater het aan andermans subjectief oordeel overlaat om te bepalen in hoeverre er zaaksvervangings plaatsvindt en welke vruchten en andere voordelen onder het bewind vallen. Er kan anders gezegd niet *inhoudelijk* worden gedelegeerd ten aanzien van de reikwijdte van het testamentaire bewind. Voor het bepalen van de goederen die onder het bewind vallen geldt, zoals hiervoor in paragraaf 5.6.5.2 onder 'A' is betoogd, namelijk een strikt bepaaldheidsvereiste waarbij geen ruimte is voor andermans subjectief oordeel.

Anderzijds kan echter ook worden verdedigd dat art. 4:154 BW expliciet ruimte biedt voor erfslaters testeervrijheid en daarmee dus ruimte voor erflater om de inhoud, werking en voorwaarden van het testamentaire bewind *naar eigen inzicht* te bepalen. Vanuit deze gedachte geredeneerd, gelet op de formulering van art. 4:154 BW ('Tenzij bij de instelling anders is bepaald') en met het besef dat art. 4:42 lid 3 BW geen (algemeen) delegatieverbod inhoudt, zou de vraag kunnen worden gesteld of erflater *in de uiterste wil de werking* van art. 4:154 BW van andermans oordeel afhankelijk kan maken. Bijvoorbeeld: 'Er vindt geen zaaksvervangings plaats, *tenzij* mijn echtgenoot binnen 8 maanden na het overlijden en bij notariële akte beslist dat er wel zaaksvervangings plaatsvindt.' Dit betreft de vraag in hoeverre het mogelijk is om te delegeren ten aanzien van de *werking* van een uiterste wilsbeschikking. De echtgenoot krijgt slechts de bevoegdheid om te bepalen of de *door de erflater bepaalde regeling omtrent de zaaksvervangings* wel of geen werking heeft. De vraag in hoeverre het mogelijk is om te delegeren ten aanzien van de werking van een uiterste wilsbeschikking staat centraal in het derde deel van dit onderzoek (hoofdstuk 6).

### 5.6.5.3. Delegatie ten aanzien van het instellen van testamentair bewind

#### A) *Instellen van testamentair bewind*

In de dissertatie van Van der Ploeg is te lezen dat:

'Een testateur is van oordeel, dat zijn erfgenaam te jeugdig en onervaren is het dezen na te laten vermogen te beheeren, doch hij acht het niet uitgesloten, dat over enkele jaren, als de erfgenaam

236. Zie over zaaksvervangings en art. 4:154 BW ook Spath 2010, p. 78, p. 107-111.

237. Zie voor art. 4:171 BW paragraaf 5.6.4.2 onder 'D'. Op grond van art. 4:171 BW kunnen de bevoegdheden van de bewindvoerder verruimd worden.

ouder is geworden, deze wel in staat zal zijn zelfstandig het vermogen te beheeren. Wat ligt meer voor de hand dan dat de testateur, onzeker van het tijdstip van zijn overlijden, aan een derde, bijv. zijn executeur-testamentair, de beslissing overlaat of het den erfgenaam nagelaten vermogen onder bewind zal zijn gesteld?' *Kan echter de erflater deze beslissing rechtsgeldig aan een derde overlaten, kan de erflater een derde laten beslissen of een testamentaire beschikking al of niet zal gelden* (curs. NB)?<sup>238</sup>

Deze vraag betreft de *werking* van een uiterste wilsbeschikking. Kan erflater de *werking* van zijn uiterste wilsbeschikkingen aan een ander delegeren (vgl. hetgeen ik hierover opmerkte onder Inleiding en verantwoording 'IV Opbouw van het onderzoek')? Van der Ploeg beantwoordt deze vraag met verwijzingen naar het Romeinse recht, bevestigend. In dit deel (deel II) van het onderzoek wordt evenwel bekeken in hoeverre erflater kan delegeren ten aanzien van de *inhoud* van zijn uiterste wilsbeschikkingen. Daarom ga ik in deze paragraaf op bovenstaande vraag niet nader in. Dat betekent overigens niet dat ik haar passeer. In het derde deel van het onderzoek, te weten hoofdstuk 6, bekijk ik, zoals ik reeds eerder aankondigde, nader of erflater kan delegeren ten aanzien van de *werking* van zijn uiterste wilsbeschikkingen.

In het verlengde hiervan ligt de vraag of een ander het tijdstip kan bepalen waarop het testamentaire bewind aanvangt. Art. 4:153 lid 2 BW geeft erflater immers de ruimte om van de wettelijke regeling af te wijken.

#### B) *Tijdstip waarop bewind wordt ingesteld*

Art. 4:153 lid 2 BW bepaalt dat het testamentaire bewind in werking treedt op het moment van erflaters overlijden, *tenzij de erflater anders heeft bepaald*. Ook deze bepaling stelt erflaters testeervrijheid voorop. Erflater kan in afwijking van de wet het testamentaire bewind zodoende op een ander tijdstip, dan het tijdstip van zijn overlijden, laten aanvangen.<sup>239</sup> Kan hij dit tijdstip ook door een ander laten bepalen? Bijvoorbeeld: 'de langstlevende bepaalt het tijdstip waarop het testamentaire bewind aanvangt.' Het dunkt mij dat een dergelijke formulering vanwege het primaire goederenrechtelijke karakter van het bewind en de onzekerheid die het met name voor de rechthebbende met zich kan brengen, ongewenst is. De vraag kan bijvoorbeeld worden gesteld wat rechtens is als de langstlevende na vele jaren het bewind nog laat aanvangen. Natuurlijk kan erflater hier wel op inspelen door een termijn en een vorm voor te schrijven, waarbinnen en waarin de gedelegeerde de invulling van de aan hem verleende bevoegdheid (ofwel zijn eigen wil) kenbaar dient te maken. Van langdurige rechtsonzekerheid zal dan geen sprake zijn. Indien echter bij de woorden 'tenzij de erflater anders heeft bepaald'<sup>240</sup> het accent op *de erflater* wordt gelegd, kan toch betoogd worden dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest om een ander dan erflater het tijdstip waarop het bewind aanvangt, te laten bepalen. De wet spreekt immers enkel over *de erflater* die anders kan bepalen (gesloten stelsel). Bovendien

238. Van der Ploeg 1945, p. 106.

239. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 714.

240. Vgl. hiermee de clausules 'tenzij bij de instelling/ tenzij bij uiterste wil/ etc. anders is bepaald'. Zie ook paragraaf 5.6.4.2 onder 'C'.

betreft art. 4:153 lid 2 BW de instelling van het testamentaire bewind, hetgeen getuige art. 4:153 lid 1 BW eveneens enkel door erflater kan geschieden. Het past mijns inziens dan niet in deze gedachte dat erflater het tijdstip waarop het testamentaire bewind aanvangt aan iemand anders kan overlaten.

#### 5.6.6. *Tussenconclusie*

Het testamentaire bewind is een verband op goederen en kent daarmee primair een goederenrechtelijke aard. Ten aanzien van *het onderwerp* van het testamentaire bewind, te weten de goederen waarop het bewind rust, geldt dan ook een strikt bepaaldheidsvereiste (vgl. paragraaf 4.4). Erflater zal in zijn uiterste wil dienen te bepalen *welke goederen* onder bewind worden gesteld, zodat kan worden vastgesteld wie de rechthebbende is en welke strekking het bewind heeft. Aan de hand van de strekking van het bewind kunnen vervolgens de rechtsgevolgen worden vastgesteld. De wet kent evenwel een aantal mogelijkheden voor erflater om van de wettelijke bepalingen af te wijken en te testen naar eigen inzicht. Voor wat de goederen betreft waarop het bewind rust, wordt deze ruimte geboden door art. 4:153 lid 2 BW en art. 4:154 BW. Deze bepalingen raken evenwel de kern van het bewind, namelijk de onder bewind gestelde goederen. Mijns inziens is het dan ook niet mogelijk om andermans subjectief oordeel ten aanzien van de inhoud van deze bepalingen een rol te laten spelen. Dit botst naar mijn mening met de goederenrechtelijke aard van het bewind (paragraaf 5.6.5).

Ten aanzien van de persoon die als bewindvoerder optreedt, kan erflater in zijn uiterste wil voorzien in een eigen regeling (art. 4:157 lid 1 BW). Deze regeling kan inhouden dat erflater aan een derde de bevoegdheid verleent om een (opvolgend) bewindvoerder te benoemen. Hetgeen overigens ook niet verbaast. Het testamentaire bewind is immers een verband op goederen, onafhankelijk van de persoon die als bewindvoerder optreedt (paragraaf 5.6.4.1). Ten aanzien van de taken en bevoegdheden van de bewindvoerder wordt door de wet aan erflater eveneens een grote mate van vrijheid gegeven om de inhoud van deze taken en bevoegdheden nader te bepalen. Hierbij is te denken aan art. 4:158 BW (taakverdeling bij meerdere bewindvoerders en regeling voor geschillen tussen bewindvoerders), art. 4:160 lid 2 BW (inschrijven bewind), art. 4:161 leden 1 en 2 BW (rekening en verantwoording), art. 4:162 BW (uitkering netto-vruchten) en art. 4:171 BW (nader geregelde bevoegdheden en verplichtingen). Deze bepalingen bieden mijns inziens eveneens ruimte voor andermans subjectief oordeel. Met name art. 4:171 BW is in het kader van het delegatievraagstuk interessant. Op grond van deze bepaling kan erflater binnen de kaders van afdeling 4.5.7 BW de bevoegdheden van de bewindvoerder aanzienlijk verruimen. Hetgeen tevens kan inhouden dat hij het aan de bewindvoerder overlaat om naar diens eigen oordeel zijn taken uit te oefenen (paragraaf 5.6.4.2). Een voorbeeld hiervan vormt HR 18 oktober 2013, *NJ* 2014/214, waarin de bewindvoerder de bevoegdheid was toegekend om te bepalen in hoeverre de inkomsten uit het onder bewind gestelde vermogen aan de rechthebbende ter beschikking worden gesteld.

## 5.7. Conclusie deel II

In dit hoofdstuk ben ik op zoek gegaan naar de mate van bepaaldheid die geldt voor de erfstelling (paragraaf 5.2), het legaat (paragraaf 5.3), de testamentaire last (paragraaf 5.4), de executeursbenoeming (paragraaf 5.5), alsmede het testamentair bewind (paragraaf 5.6). Het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor iedere soort uiterste wilsbeschikking, geeft namelijk aan in hoeverre het mogelijk is om ten aanzien van de inhoud van de te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen te delegeren. Een strikt bepaaldheidsvereiste dat geen ruimte biedt voor andermans subjectief oordeel, maakt, bijvoorbeeld, dat er ten aanzien van de inhoud niet kan worden gedelegeerd. Erflater zal de inhoud van de uiterste wilsbeschikking dan *volledig* zelf dienen te bepalen. In hoofdstuk 4 concludeerde ik reeds dat voor de vereiste mate van bepaaldheid gekeken dient te worden naar de afzonderlijke eisen die de wet stelt *ten aanzien van de inhoud* van de te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen en daarmee dus naar hun *materiële aard*. In bovenstaande paragrafen zijn deze vereisten voor wat de bovengenoemde uiterste wilsbeschikkingen betreft, aan bod gekomen. Het ging dan met name om de vereisten die betrekking hebben op *het onderwerp* van de uiterste wilsbeschikkingen. In hoeverre dienen de erfgenamen (het subject) en de erfdelen (het object) door erflater te zijn bepaald, enz.? Aan de hand van het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor de te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen, kan vervolgens worden vastgesteld in hoeverre er ruimte is voor wilsdelegatie. Hiervoor verwijs ik gemakshalve naar de tussenconclusies bij iedere afzonderlijke paragraaf. Globaal genomen, zonder de in bovenstaande paragrafen gemaakte nuances en betwistingen, kan evenwel het volgende worden geconcludeerd:

### 1. Erfstelling:

De erfstelling (art. 4:115 BW) kent een *goederenrechtelijke aard*. Dit brengt in principe met zich dat erflater het onderwerp van de erfstelling, te weten de erfgenamen en erfdelen, zelf zal moeten bepalen. Voor wilsdelegatie ten aanzien van het bepalen van de erfgenamen en erfdelen is dan ook geen plek. Voor het bepalen van de erfgenamen volgt dit ook expliciet uit de definitie van art. 4:115 BW, waarin de woorden '*daarbij aangewezen*' het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid van de erfgenamen tot uitdrukking brengen. De erfgenamen kunnen slechts door erflater zelf worden aangewezen. Zij moeten op het moment dat de nalatenschap openvalt volledig kunnen worden bepaald aan de hand van de uiterste wil en de op het ogenblik van overlijden van de erflater bestaande omstandigheden. Zij kunnen zodoende niet 'achteraf' door omstandigheden die intreden na erfslaters dood noch door de wil van een ander worden bepaald.

### 2. Legaat:

Het legaat (art. 4:117 BW) kent eenzelfde *verbintenisrechtelijke aard* als bijvoorbeeld de schenkings- of koopovereenkomst. De aard van het legaat is immers het toekennen van een *vorderingsrecht* aan een of meer personen. Voor de mate van bepaaldheid van het legaat kan dan ook worden aangeknoopt bij het verbintenisrechtelijke bepaaldheidsvereiste als bedoeld in art. 6:227 BW. Dat wil zeggen: bepaalbaarheid met ruimte voor subjectieve elementen, zoals het oordeel van een derde, voldoet. Het is bijgevolg dan ook mogelijk om, binnen kaders die *bepaalbaar* zijn, ten aanzien van de inhoud van het legaat te delegeren.

### 3. Last:

De last (art. 4:130 BW) kent in essentie noch een goederenrechtelijke,<sup>241</sup> noch een verbintenissenrechtelijke aard. Hij roept slechts een *verplichting* in het leven, waarvan geen nakoming kan worden gevorderd. Dit brengt mee dat voor de last een heel soepel bepaaldheidsvereiste geldt, dat (net zoals het legaat) ruimte biedt voor subjectieve elementen van anderen en daarmee voor wilsdelegatie. De vereiste mate van bepaaldheid ten aanzien van de last is, gelet op zijn materiële aard die slechts een verplichting inhoudt waarvan geen nakoming kan worden gevorderd, evenwel *nóg* soepeler dan voor het legaat. Enkel het noemen van *het doel* van de verplichting kan volstaan. Met dit zeer soepele bepaaldheidsvereiste kan wilsdelegatie ten aanzien van de inhoud van de verplichting (de last) dan ook worden verwezenlijkt.

### 4. Executeursbenoeming:

De executeursbenoeming (art. 4:142 lid 1 BW) kent een *tweeledige aard*:

a) De benoeming van de persoon die als executeur optreedt heeft een louter *verbintenissenrechtelijk* karakter. Art. 4:142 lid 1 BW biedt dan ook expliciet de mogelijkheid om aan een executeur of kantonrechter de bevoegdheid te verlenen om (naar diens subjectief oordeel) een executeur aan zich toe te voegen, in zijn plaats te stellen of als vervanger te benoemen. Art. 4:142 lid 1 BW geeft deze mogelijkheid evenwel niet ten aanzien van andere personen, dan een executeur of de kantonrechter. Noch spreekt art. 4:142 lid 1 BW uitdrukkelijk over de mogelijkheid van een *alternatieve keuze* door een derde uit meerdere door erfflater genoemde personen. Op grond van de verbintenissenrechtelijke aard van de executeursbenoeming zou dit wel mogelijk moeten zijn. *Het gesloten stelsel* van uiterste wilsbeschikkingen verhindert hier zodoende dat erfflater de executeursbenoeming in zijn uiterste wil delegeert aan een derde, die niet executeur of kantonrechter is.

b) Aan de taken en bevoegdheden van de executeur, in het bijzonder aan het beheren van de goederen van de nalatenschap (art. 4:144 en 4:145 BW), kunnen *goederenrechtelijke* aspecten kleven. De wetgever heeft de taken en bevoegdheden van de executeur in principe in de wet *objectief bepaald*. Dit past mijns inziens ook bij het goederenrechtelijke bepaaldheidsvereiste (vgl. paragraaf 4.4.). Voor andermans subjectieve oordeel ofwel voor wilsdelegatie is dan ook geen plaats. Toch kan de erfflater met behulp van een executeursbenoeming wilsdelegatie verwezenlijken. Aan een executeur kunnen namelijk lasten worden opgelegd (art. 4:130 lid 2 BW) en een executeur heeft onder andere tot taak een aan hem opgelegde last uit te voeren (art. 4:144 lid 1 BW). Welnu, voor de last een zeer soepel bepaaldheidsvereiste geldt, waarbij ruimte is voor andermans subjectief oordeel, kan de erfflater bewerkstelligen dat een executeur of derde toch een subjectieve invulling kan geven aan een bepaalde aan de executeur opgedragen taak/verplichting.

### 5. Testamentair bewind:

Het testamentaire bewind (art. 4:153 e.v. BW) kent primair een *goederenrechtelijke* aard. Het is immers een verband op *goederen*. Voor het bepalen van de goederen waarop het

241. De vervallenverklaring als bedoeld in art. 4:131 BW heeft overigens wel goederenrechtelijk effect (maar geen terugwerkende kracht, art. 3:38 lid 2 BW).



testamenteair bewind rust, geldt dan ook een strikt bepaaldheidsvereiste. Erflater zal in zijn uiterste wil dienen te bepalen *welke goederen* onder het bewind worden gesteld, zodat de rechtsgevolgen van het bewind kunnen worden vastgesteld. Hij kan hierbij niet de hulp van andermans subjectief oordeel inschakelen.

In het gegeven dat het testamentaire bewind een verband op *goederen* is, schemert door dat de persoon van de bewindvoerder van secundair belang is. De persoon van de bewindvoerder hoeft niet door erflater in zijn uiterste wil te zijn bepaald. Erflater kan in zijn uiterste wil dan ook de bevoegdheid aan een derde verlenen om de bewindvoerder te benoemen. Dit wordt door de wetgever uitdrukkelijk bevestigd in art. 4:157 lid 1 BW. Ten aanzien van de taken en bevoegdheden van de bewindvoerder biedt art. 4:171 BW erflater voorts een grote mate van vrijheid om van de wettelijke, en daarmee objectief ingekleurde, regeling af te wijken. De goederenrechtelijke aard van het testamentaire bewind verhindert, door het bepaalde in art. 4:171 BW, namelijk niet dat erflater bij uiterste wil de bevoegdheden en verplichtingen van de bewindvoerder nader regelt. Erflater kan de bevoegdheden en verplichtingen van de bewindvoerder beperkter of ruimer vaststellen dan uit art. 4:153–4:170 BW voortvloeit. Dit brengt mee dat erflater ten aanzien van de artikelen die betrekking hebben op de taken en bevoegdheden van de bewindvoerder, en *binnen de kaders van afdeling 4.5.7 BW*, het subjectieve oordeel van een ander dan erflater (zoals het oordeel van de bewindvoerder, maar mijns inziens ook het oordeel van een derde), een rol kan laten spelen. Erflater kan bijvoorbeeld bepalen dat de bewindvoerder bevoegd is *om te bepalen in hoeverre* de vruchten van het onder bewind gestelde vermogen aan de rechthebbende worden uitgekeerd.<sup>242</sup> Er kan dus, door het bepaalde in art. 4:171 BW, sprake zijn van wilsdelegatie ten aanzien van de *inhoud van de taken en bevoegdheden* van de bewindvoerder.

Indien de materiële aard van een uiterste wilsbeschikking het toelaat dat erflater delegeert ten aanzien van haar inhoud, dient bij de invulling van deze inhoud door de gedelegeerde telkens te worden gehandeld met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid. Dit ter voorkoming van willekeur (vgl. paragraaf 4.3.5). Is de gedelegeerde een functionaris, dan ligt in de aan hem opgedragen taak overigens sowieso reeds een handelen met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid besloten.

Het tweede deel van dit onderzoek stond in het teken van de vraag in hoeverre het is toegestaan om te delegeren ten aanzien van de *inhoud* van een uiterste wilsbeschikking. In de slotalinea van deel I betoogde ik reeds dat de eerste grenzen van delegatie ten aanzien van de inhoud van een uiterste wilsbeschikking, daar liggen waar ook de *grenzen van de testeervrijheid* (zowel in formele als materiële zin; zie hoofdstuk 1) liggen. Delegeren, voorzover toegestaan, geschiedt immers door *te testen*. Zo zal de wilsdelegatie passend moeten zijn binnen het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen (testeervrijheid in formele zin) en bijvoorbeeld niet in strijd mogen komen met de goede zeden of openbare orde (testeervrijheid in materiële zin).

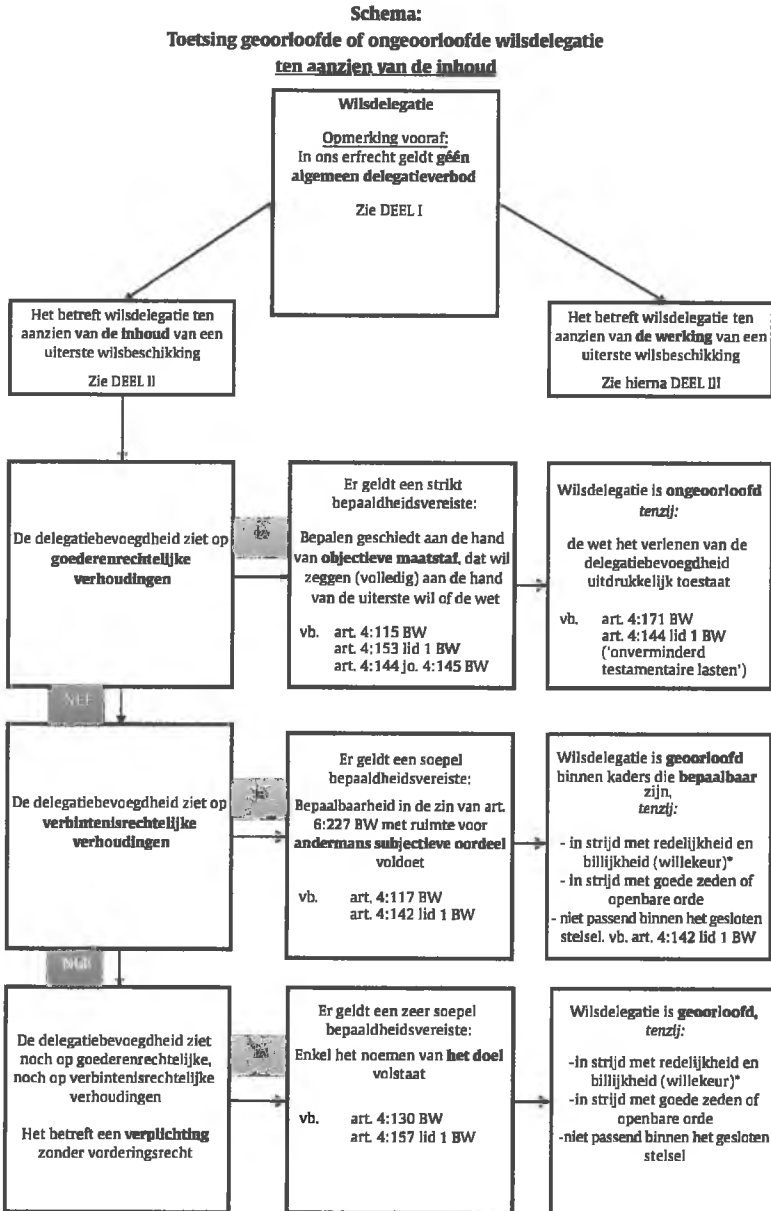
In hoofdstuk 4 kwam voorts naar voren dat het criterium om te kunnen beoordelen *of en in hoeverre* wilsdelegatie ten aanzien van de inhoud van uiterste wilsbeschikkingen is toegestaan, *het bepaaldheidsvereiste* is. Het bepaaldheidsvereiste verlangt van iedere

242. HR 18 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:983, NJ 2014/214.

rechtshandeling, dus ook van iedere uiterste wilsbeschikking, een bepaalde inhoud. De opvatting van het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor een bepaalde soort uiterste wilsbeschikking geeft aan in hoeverre erflater de inhoud van deze soort uiterste wilsbeschikking volledig zelf moet bepalen en bijgevolg óf en in hoeverre er ruimte is voor andermans subjectief oordeel. De sleutel van het vraagstuk naar de toelaatbaarheid van wilsdelegatie ten aanzien van *de inhoud* van een uiterste wilsbeschikking is dus gelegen in *de opvatting van het bepaaldheidsvereiste* dat geldt voor iedere te onderscheiden soort uiterste wilsbeschikking. Welke opvatting van het bepaaldheidsvereiste dit is, kan worden opgespoord door bestudering van de vereisten die gelden ten aanzien van de inhoud van de te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen. Ofwel, meer algemeen verwoord: door bestudering van hun *materiële aard*. Ik verwijs hiervoor naar hoofdstuk 5, waarin ik concreet bekeken heb welk bepaaldheidsvereiste er geldt ten aanzien van de erfstelling, het legaat, de testamentaire last, de executeursbenoeming en het testamentaire bewind. En ik bijgevolg de vraag heb beantwoord, in hoeverre er ten aanzien van bepaalde onderdelen van de inhoud van deze uiterste wilsbeschikkingen (zoals: de erfgenen, de erfdelen, de benoeming van de executeur, de taken en bevoegdheden van de bewindvoerder etc.) kan worden gedelegeerd. Een belangrijke conclusie van het tweede deel van dit onderzoek is dat een goederenrechtelijke aard tot een striktere opvatting van het bepaaldheidsvereiste leidt dan een verbintenisrechtelijke aard. Betreft de delegatiebevoegdheid derhalve goederenrechtelijke verhoudingen, zoals het benoemen van de erfgenen, dan kan dit erop duiden dat erflater de inhoud van de bepaling volledig zelf moet bepalen. Er is dan in beginsel geen ruimte voor wilsdelegatie ten aanzien van haar inhoud. Dit is slechts anders indien de wet het verlenen van de delegatiebevoegdheid uitdrukkelijk toelaat.<sup>243</sup> Betreft de delegatiebevoegdheid daarentegen verbintenisrechtelijke verhoudingen, zoals de bevoegdheid om de legataris(sen) aan te wijzen, dan zou het in beginsel voldoende moeten zijn dat de inhoud van de uiterste wilsbeschikking waarop de delegatie betrekking heeft, *bepaalbaar* is in de zin van art. 6:227 BW. Bepaalbaar wil dan zeggen dat de inhoud aan de hand van in de uiterste wil gegeven criteria nader kan worden ingekleurd door het subjectieve oordeel van een derde. Hierbij dient evenwel rekening te worden gehouden dat het verlenen van de delegatiebevoegdheid niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, noch met de goede zeden of openbare orde en voorts past binnen het *gesloten stelsel* van uiterste wilsbeschikkingen. Het is bijvoorbeeld op grond van art. 4:142 lid 1 BW niet mogelijk om de executeur uit meerdere door erflater genoemde personen te laten benoemen door een derde (alternatieve keuze). Terwijl het *benoemen* van een executeur wel een louter verbintenisrechtelijk karakter kent. Het gesloten stelsel verhindert hier een dergelijke delegatie.

Hierna volgt een schema waarmee de toelaatbaarheid van wilsdelegatie kan worden getoetst.

243. Vgl. het testamentaire bewind en de taken en bevoegdheden van de bewindvoerder (paragraaf 5.6.4.2 'Taken en bevoegdheden van de bewindvoerder', met name onder D 'Art. 4:171 BW'). Ondanks dat testamentair bewind primair een goederenrechtelijk karakter heeft, staat art. 4:171 BW het toe dat andermans subjectief oordeel de taken en bevoegdheden van de bewindvoerder nader inkleurt.



\* De redelijkheid en billijkheid heeft evenwel betrekking op alle vermogensrechtelijke verhoudingen en kan, voorzover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet, ook buiten het vermogensrecht een rol spelen.<sup>244</sup> Ten aanzien van subjectieve elementen van anderen speelt de redelijkheid en billijkheid een *objectiverende* en daarmee corrigerende rol, zodat willekeur wordt voorkomen.<sup>245</sup>

244. Wolters 2013, par. 1.2.

245. Paragraaf 4.3.5.



**DEEL III: DELEGEREN TEN AANZIEN VAN DE WERKING**



# Wilsafhankelijke voorwaarden en willekeur

*It is always wise to look ahead, but difficult to look further than you can see.*

*(Winston Churchill)*

## 6.1. Inleidend

In de inleiding en verantwoording van dit onderzoek gaf ik reeds aan dat wilsdelegatie kan plaatsvinden op twee manieren:

1. Door de *inhoud* van een uiterste wilsbeschikking (mede) door een ander te laten bepalen.
2. Door de *werking* van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van andermans wil.

De vraag in hoeverre het mogelijk is om te delegeren ten aanzien van de inhoud van een uiterste wilsbeschikking stond centraal in het tweede deel van het onderzoek. Mijns inziens is het *bepaaldheidsvereiste* het richtinggevende criterium waarmee de toelaatbaarheid van wilsdelegatie ten aanzien van de *inhoud* van een uiterste wilsbeschikking kan worden beoordeeld. Hoe het bepaaldheidsvereiste voor iedere te onderscheiden soort uiterste wilsbeschikking dient te worden opgevat, kan worden vastgesteld aan de hand van de *materiële aard* van iedere soort uiterste wilsbeschikking. Ik verwijs hiervoor naar hoofdstuk 4 en hoofdstuk 5 van dit onderzoek.

In dit deel van het onderzoek staat de vraag naar de toelaatbaarheid van wilsdelegatie ten aanzien van de *werking* van een uiterste wilsbeschikking centraal. In hoeverre is het mogelijk om de werking van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van de wil van een ander? Ten aanzien van deze vraag kan niet worden teruggevallen op het bepaaldheidsvereiste. Het bepaaldheidsvereiste ziet immers slechts op de *inhoud* van een uiterste wilsbeschikking. Er dienen andere aanknopingspunten te worden gezocht om te beoordelen in hoeverre het mogelijk is om een ander te laten bepalen of een uiterste wilsbeschikking al dan niet werking heeft. In dit hoofdstuk ga ik naar deze aanknopingspunten op zoek.<sup>1</sup>

1. In Bauduin 2014 publiceerde ik over de vraag wanneer sprake is van een van andermans willekeur afhankelijk gemaakt legaat. Onderdelen daarvan komen in dit hoofdstuk terug.

## 6.2. Ter inspiratie: § 2065 I BGB

Voor het antwoord op de vraag of het is toegestaan om de werking van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van andermans wil, is het allereerst interessant om het Duitse § 2065 I BGB in herinnering te brengen. Ik wijdde in paragraaf 3.3.2 al enkele woorden aan dit artikel, dat uitdrukkelijk verbiedt om de werking van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te stellen van de wil van een ander:

'1. Der Erblasser kann eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, dass ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll (curs. NB).'

Het is erflater op grond van deze bepaling dus niet toegestaan om een ander te laten bepalen of zijn uiterste wilsbeschikking al dan niet werkt. 'Indien' of 'tenzij' toevoegen aan een uiterste wilsbeschikking, in de zin van een toestemmings- of afkeuringsbevoegdheid voor een ander, is verboden. In paragraaf 3.3.2 merkte ik reeds op dat § 2065 I BGB ruim wordt geïnterpreteerd:

'Unzulässig sind demnach sowohl Verfügungen, die von der Zustimmung eines anderen abhängig gemacht werden, als auch solche, deren Geltung vom billigen Ermessen eines anderen abhängen sollen (curs. NB).'<sup>2</sup>

Zowel uiterste wilsbeschikkingen die van de toestemming van een ander afhangen, als uiterste wilsbeschikkingen waarvan de werking afhangt van het redelijk oordeel (*billigem Ermessen*) van een ander, zijn ontoelaatbaar. Hierbij merkte ik echter eveneens op dat niet verboden is, een uiterste wilsbeschikking onder een zogenoemd *Potestativbedingung*, dat wil zeggen een voorwaarde die een *gebeurtenis* inhoudt waarvan het intreden mede afhankelijk is van de wil van een ander.<sup>3</sup> In dit kader wil ik wijzen op art. 1292 oud BW, waarop ik hierna in paragraaf 6.4 nog uitgebreider zal ingaan. Art. 1292 oud BW bepaalde dat:

'Alle verbintenissen zijn nietig, indien derzelver vervulling alleenlijk afhangt van den wil van denjenigen die verbonden is. Indien echter de verbindtenis afhangt van *eene daad* waarvan de vervulling *in zijne* [degene die bij de verbintenis verbonden is, toev. NB] *magt staat*, en die daad heeft plaats gehad, is de verbindtenis van kracht (curs. NB).'

In de tweede zin van dit artikel komt de gelijkenis met het *Potestativbedingung* naar voren. Indien een verbintenis afhangt van een daad ofwel een *gebeurtenis* waarvan de

2. Halding-Hoppenheit 2003, p. 58 e.v.

3. Halding-Hoppenheit 2003, p. 59: 'Eine Potestativbedingung liegt dann vor, wenn die Bedingung in einem Ereignis besteht, dessen Eintritt vom Willen des Bedachten oder eines Dritten abhängt (curs. NB)'. Haldig-Hoppenheit merkt hierbij op dat: 'Sie [die Potestativbedingung, toev. NB] ist vielmehr grundsätzlich zulässig, was sich auch aus den §§ 2074, 2075 BGB ergibt (curs. NB)'. § 2074 betreft de *Aufschiebende Bedingung* te vergelijken met onze opschortende voorwaarde. § 2075 BGB betreft de *Auflösende Bedingung* te vergelijken met onze ontbindende voorwaarde. Over voorwaardelijke uiterste wilsbeschikkingen in het Nederlandse erfrecht hierna, in paragraaf 6.3 en 6.5, meer. Zie met betrekking tot het *Potestativbedingung* ook mijn opmerkingen in paragraaf 3.3.2, met name ten aanzien van de grenslijn tussen een toelaatbare en een ontoelaatbare *Potestativbedingung*.



vervulling in de macht staat van degene die bij de verbintenis verbonden is, is de verbintenis toegestaan. Er is in dat geval naar mijn mening, vertaald naar het huidige BW, sprake van een opschortende *voorwaarde* (Vgl. 'je krijgt mijn oude fiets, indien ik dit jaar een auto koop'). Op voorwaarden in het erfrecht kom ik hierna in de paragrafen 6.3 en 6.5 uitgebreider terug.

De eerste zin van art. 1292 oud BW bepaalde daarentegen juist dat:

'Alle verbindtenissen zijn nietig, indien derzelve vervulling *alleenlijk afhangt van den wil van dengenen die verbonden is* (curs. NB).'

De verbintenis die louter ofwel *zuiver* afhankelijk is van de wil van degene die verbonden is, werd door art. 1292 eerste zin oud BW niet toegestaan. Deze bepaling verbood de zogenoemde potestatieve voorwaarde.<sup>4</sup> Ik kom hierop terug in paragraaf 6.4.2.

Indien men art. 1292 oud BW spiegelt aan het zojuist genoemde *Potestativbedingung*, dat gelijkenis vertoont met de term 'potestatieve voorwaarde', kan verwarring ontstaan. De potestatieve voorwaarde was op grond van art. 1292 eerste zin oud BW in ons recht immers niet toegestaan. Terwijl een *Potestativbedingung* in het Duitse BGB wel toelaatbaar is. Zij valt, zoals ik hiervoor en in paragraaf 3.3.2 reeds aangaf, namelijk in beginsel niet onder het verbod van § 2065 I BGB. Zij is namelijk niet louter afhankelijk van andermans wil. De *Potestativbedingung* moet dus niet worden vergeleken met onze potestatieve voorwaarde als bedoeld in art. 1292 eerste zin oud BW. In plaats daarvan toont zij, zoals ik reeds opmerkte, een gelijkenis met art. 1292 tweede zin oud BW, ofwel met onze huidige voorwaarde.

§ 2065 I BGB kan daarentegen wel worden vergeleken met de potestatieve voorwaarde als bedoeld in art. 1292 eerste zin oud BW. Dat artikel kent overigens thans geen uitdrukkelijke bepaling in de wet. Ik licht dit, evenals de gelijkenis van art. 1292 oud BW met § 2065 I BGB, in paragraaf 6.4 nader toe. Welnu art. 1292 oud BW niet in onze huidige wet is teruggekeerd,<sup>5</sup> wil ik deze paragraaf afsluiten met de opmerking dat wij, in tegenstelling tot onze oosterburen, geen met § 2065 I BGB vergelijkbare *wettelijke bepaling* kennen. Zoals ik in hoofdstuk 3 uiteengezet heb, houdt het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking, zoals neergelegd in art. 4:42 lid 3 BW, evenmin een delegatieverbod in. Wilsdelegatie ten aanzien van de *werking* van een uiterste wilsbeschikking is in ons recht dan ook niet verboden op grond van een algemeen wettelijk delegatieverbod. In paragraaf 3.5.2.3 betoogde ik reeds dat voor het antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van uiterste wilsbeschikkingen die wat hun *werking* betreft afhankelijk zijn gemaakt van andermans

4. Art. 1292 eerste zin oud BW is *zuiver potestatief* en zou kunnen worden geduid als de *zuiver potestatieve voorwaarde*. Dit ter onderscheiding van art. 1292 tweede zin oud BW, waarin het eveneens een potestatieve voorwaarde betreft (dat wil zeggen 'afhankelijk van de wil van hem die zich verbindt'; zie *Dikke van Dale 2005* onder 'potestatief'), maar dan wel een met een *onzuiver* karakter. Het gaat in art. 1292 tweede zin oud BW anders gezegd om een onzuivere potestatieve voorwaarde. Wanneer ik hierna evenwel de termen 'potestatief' of 'potestatieve voorwaarde' gebruik, doel ik enkel op de zuivere gevallen.
5. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 146-147. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 175.

wil, moet worden gekeken naar het leerstuk van voorwaardelijke beschikkingen. De uiterste wilsbeschikking is een rechtshandeling (art. 4:42 lid 1 BW) en rechtshandelingen kunnen in beginsel – tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit – onder voorwaarde worden verricht (art. 3:38 BW). Voorwaarden kunnen de werking van een uiterste wilsbeschikking beïnvloeden. Welke inhoud kan en mag een erflater aan een voorwaarde geven? Kunnen voorwaarden zo worden geformuleerd dat zij een met de (toelaatbare) *Potestativbedingung* vergelijkbare inhoud hebben? En welke rol speelt onze potestatieve voorwaarde in het erfrecht? In onderstaande paragrafen ga ik nader op deze vragen in.

### 6.3. Voorwaarden in het erfrecht (I)

#### 6.3.1. Inleidend

Bij wilsdelegatie ten aanzien van de werking van een uiterste wilsbeschikking laat de erflater het aan een ander over om te bepalen of de beschikking al dan niet werking heeft. Bijvoorbeeld: 'Mijn vriend X is mijn erfgenaam voor 1/3<sup>e</sup> deel, *indien mijn broer Y dit wil*'. Wat er verkregen wordt ('1/3<sup>e</sup> deel') en door wie er verkregen wordt ('mijn vriend X'), ofwel *de inhoud* van de beschikking, heeft de erflater in dit voorbeeld volledig bepaald. Door de toevoeging 'indien mijn broer Y dit wil' laat de erflater het evenwel aan zijn broer Y over om te beslissen of de erfstelling werking heeft. Zoals ik ook reeds in paragraaf 3.5.2.3 aangaf, hangt de vraag naar de toelaatbaarheid van een dergelijke beschikking samen met het leerstuk van *voorwaardelijke* beschikkingen.

Door het koppelen van voorwaarden aan de binnen het gesloten stelsel passende uiterste wilsbeschikkingen kan wilsdelegatie ten aanzien van de *werking* van een uiterste wilsbeschikking worden verwezenlijkt (vgl. paragraaf 2.2.3). Een mooi voorbeeld hiervan kwam reeds voorbij in paragraaf 2.2.3: de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling (HR 17 januari 1996, *BNB* 1996/112 en HR 5 november 1997, *BNB* 1998/8).<sup>6</sup> Op dit voorbeeld ga ik hierna in paragraaf 6.3.3 nader in. In de onderstaande paragraaf richt ik de aandacht allereerst op uiterste wilsbeschikkingen onder voorwaarde.

#### 6.3.2. Uiterste wilsbeschikkingen onder voorwaarde

Een uiterste wilsbeschikking is een rechtshandeling (art. 4:42 lid 1 BW) en rechtshandelingen kunnen, zoals ik hiervoor reeds opmerkte, in beginsel onder voorwaarde worden verricht (art. 3:38 BW).

Een uiterste wilsbeschikking is voorwaardelijk indien haar werking afhangt van een toekomstige onzekere *gebeurtenis* (vgl. art. 6:21 BW). Of de gebeurtenis toekomstig en onzeker is, zal moeten worden beoordeeld naar het ogenblik van erflaters overlijden.<sup>7</sup> Een 'voorwaarde' is anders gezegd een, naar het ogenblik van erflaters overlijden

6. HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, *BNB* 1996/112 en HR 5 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5838, *BNB* 1998/8.

7. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 193.

te beoordelen, toekomstige onzekere gebeurtenis.<sup>8</sup> Deze toekomstige onzekere gebeurtenis kan door erflater opschortend (bijvoorbeeld 'indien') of ontbindend (bijvoorbeeld 'tenzij') zijn verwoord en kan tevens aan een tijdstip, zoals het moment van erflaters overlijden, gebonden zijn. Bijvoorbeeld: 'X krijgt mijn Volvo gelegateerd, indien X op het moment van mijn overlijden een rijbewijs heeft.' Is dit het geval op het moment van erflaters overlijden dan is de beschikking *onvoorwaardelijk*. De opschortende voorwaarde is dan immers vervuld.<sup>9</sup> Is dit evenwel niet het geval op het moment van erflaters overlijden, dan heeft de beschikking geen effect en zal zij vervallen.<sup>10</sup>

Op grond van art. 3:38 lid 1 BW dient de wet of de aard van de uiterste wilsbeschikking zich evenwel niet tegen een voorwaardelijk karakter te verzetten. Dat is bijvoorbeeld wel het geval indien men aan de wettelijke verdeling een voorwaarde wil verbinden. Uit het systeem van de wet volgt dat de wettelijke verdeling niet voorwaardelijk kan worden gemaakt.<sup>11</sup> Dit gold voor de ouderlijke boedelverdeling evenwel niet. Sinds de arresten HR 17 januari 1996, *BNB* 1996/112 en HR 5 november 1997, *BNB* 1998/8<sup>12</sup> staat buiten kijf dat een voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling geoorloofd is en niet in strijd is met de aard van de beschikking.<sup>13</sup> Ik kom op deze voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling in de volgende paragraaf terug.

Verzet de aard van de uiterste wilsbeschikking zich overigens niet tegen een voorwaardelijk karakter, dan kan op grond van art. 4:45 BW de voorwaarde desalniettemin voor niet geschreven worden gehouden, indien haar vervulling onmogelijk is, zij in strijd is met de goede zeden, openbare orde of een dwingende wetbepaling. Of indien zij de strekking heeft om de bevoegdheid tot vervreemding of bezwaring van goederen uit te sluiten. Ik wees hierop reeds in paragraaf 1.3.3.2, in het kader van de grenzen van de testeervrijheid.<sup>14</sup> Is aan een making een voorwaarde toegevoegd die dertig jaren na het overlijden van erflater nog niet is vervuld, dan vervalt de beschikking wanneer het een opschortende voorwaarde is. Is het een ontbindende voorwaarde dan vervalt de voorwaarde (art. 4:140 BW), behoudens het bepaalde in art. 4:141 BW. Ik kom op art. 4:141 BW kort terug in paragraaf 6.5.3.1. Het bepaalde in art. 4:140 lid 1 BW geldt overigens ook voor de voorwaardelijke last als bedoeld in art. 4:133 BW (art. 4:133 lid 3 BW). Op de voorwaardelijke last ga ik nader in, in paragraaf 6.5.5.

8. Vgl. hiermee een 'tijdsbepaling', waarbij het om een zekere toekomstige gebeurtenis gaat. Zie over de erfstelling en het legaat onder tijdsbepaling Asser/Perrick 2013 (4), nr. 207-209. Zie over makingen onder voorwaarde en makingen onder tijdsbepaling ook Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 257 e.v.
9. De vervulling van een voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht (art. 3:38 lid 2 BW).
10. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 193.
11. Zie hierover F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 118; Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 276.
12. HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, *BNB* 1996/112 en HR 5 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5838, *BNB* 1998/8.
13. Hierover werd voorheen nog weleens anders gedacht. Ik verwijs voor een uitgebreid overzicht van de opvattingen in de literatuur die vinden dat een voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling in het geheel ongeldig is en de opvattingen die vinden dat enkel de voorwaarde ongeldig is, maar de ouderlijke boedelverdeling niet (zonder meer) naar de conclusie van A-G Moltmaker bij HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, *BNB* 1996/112, onder punt 2.2 en punt 2.4.
14. Paragraaf 1.3.3.2 'De goede zeden of de openbare orde' onder 'C'.

Andere beperkingen ten aanzien van de voorwaarde stelt de wet in het erfrecht niet. Binnen de grenzen van de testeervrijheid en met inachtneming van de aard van de uiterste wilsbeschikking is het dus mogelijk om voorwaarden aan uiterste wilsbeschikkingen te verbinden (vgl. ook afdeling 4.5.5 BW). En hiermee kan vervolgens de werking van een uiterste wilsbeschikking worden beïnvloed.

De inhoud van een voorwaarde (de toekomstige onzekere gebeurtenis) kan erflater, gelet op zijn testeervrijheid, *naar eigen inzicht* bepalen. Vanuit dit oogpunt bekeken, zou het voor erflater dan ook mogelijk moeten zijn om de werking van een beschikking af te laten hangen van andermans wil. De vraag kan evenwel worden gesteld of de clausule waarin de beschikking afhankelijk wordt gemaakt van andermans wil, kan worden aangemerkt als een (toekomstige en onzekere) *gebeurtenis*. Betoogd kan enerzijds worden dat een (toekomstige en onzekere) 'gebeurtenis' niet hetzelfde is als een (toekomstige en onzekere) 'wil'.<sup>15</sup> Doch anderzijds kan worden betoogd dat ook in het geval de beschikking afhankelijk wordt gemaakt van andermans wil, er impliciet sprake is van een gebeurtenis. De wil zal immers *kenbaar gemaakt* moeten worden wanneer degene die van de ('tenzij'- of 'indien'-) clausule gebruik kan maken dit wil. In het verklaren van de wil (waarvoor erflater overigens in zijn uiterste wil nog een vorm kan voorschrijven) ligt met andere woorden het plaatsvinden van een gebeurtenis besloten en in zoverre kan er, ook indien een beschikking afhankelijk is gemaakt van andermans wil, mijns inziens dan ook worden gesproken van een onzekere toekomstige gebeurtenis. Ofwel van een *voorwaarde*, zij het een voorwaarde met een wilsafhankelijk element. Hoe gaat men om met dergelijke voorwaarden in het algemene vermogensrecht? En wat kan hieruit worden afgeleid voor het erfrecht? Alvorens ik op deze vraag inga, geef ik alvast een voorbeeld van een belangrijke wilsafhankelijke voorwaarde die werd toegestaan in het oude erfrecht: de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling.

### 6.3.3. Voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling

De ouderlijke boedelverdeling (art. 4:1167 oud BW) was een in het oude erfrecht veel voorkomende uiterste wilsbeschikking waarbij de erflater de nalatenschap verdeelde, doorgaans op een wijze dat zijn echtgenoot alle tot de nalatenschap behorende goederen kreeg toebedeeld en zijn kinderen slechts een (veelal tot het overlijden van de langstlevende echtgenoot niet-opeisbare) vordering in geld wegens onderbedeling op hun langstlevende ouder. De ouderlijke boedelverdeling behoeft overigens niet alle goederen te omvatten, maar kon ook betrekking hebben op een gedeelte van de nalatenschap.<sup>16</sup> Door het overlijden van erflater sorteerde de ouderlijke boedelverdeling goederenrechtelijk effect. Een levering was niet vereist.<sup>17</sup>

De ouderlijke boedelverdeling past thans *niet* binnen het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen (vgl. paragraaf 1.3.2.4 en 2.2.3). Art. 79 Overgangswet

15. Dikke van Dale 2005 omschrijft 'gebeurtenis' als 'iets dat gebeurt of geschiedt, voorval van enig belang'.

16. Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 938.

17. Zie over de ouderlijke boedelverdeling ook Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), hoofdstuk XVI; Van Mourik, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 82 e.v.

brengt niettemin mee dat een onder het oude erfrecht gemaakte ouderlijke boedelverdeling wordt geëerbiedigd.<sup>18</sup> De praktijk kan dus nog steeds met de ouderlijke boedelverdeling worden geconfronteerd.<sup>19</sup>

In het kader van wilsdelegatie is het interessant om de ouderlijke boedelverdeling aan te halen, omdat de Hoge Raad heeft goedgekeurd dat de *werking* van deze uiterste wilsbeschikking afhankelijk kan worden gemaakt van andermans wil. De ouderlijke boedelverdeling kon met andere woorden een voorwaardelijk karakter krijgen, doordat de erfflater aan anderen de bevoegdheid kon geven om de ouderlijke boedelverdeling geheel of gedeeltelijk ongedaan te maken. Dit ongedaan maken betrof alleen de *verdeling*. Aan de erfdelen werd zodoende niet getornd. Ik verwijs voor de toelaatbaarheid van de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling naar HR 17 januari 1996, *BNB* 1996/112<sup>20</sup> en HR 5 november 1997, *BNB* 1998/8<sup>21</sup> waarin door de erfflater bij uiterste wil een ouderlijke boedelverdeling was gemaakt ten behoeve van de echtgenote onder de bepaling dat de erfgenamen (de echtgenote en kinderen) in onderling overleg resp. eenstemmig een andere verdeling konden overeenkomen. Dit werd mogelijk gemaakt door aan de ouderlijke boedelverdeling een clausule toe te voegen als:

'tenzij mijn echtgenote en mijn afstammelingen in onderling overleg binnen zes maanden na mijn overlijden bij notariële akte te kennen hebben gegeven een andere verdeling te wensen.'<sup>22</sup>

De inhoud van de ouderlijke boedelverdeling was hierbij door de erfflater in volledigheid bepaald. Erfflater had immers aangegeven wie de erfgenamen waren, voor welke erfdelen zij de erfgenamen waren én hoe de nalatenschap moest worden verdeeld, te weten een ouderlijke boedelverdeling. Maar door de toevoeging 'tenzij mijn echtgenote en mijn afstammelingen [...] een andere verdeling wensen', was de *werking* van deze ouderlijke boedelverdeling afhankelijk gemaakt van de wil van de echtgenote en afstammelingen. Het Hof vatte de 'tenzij-clausule' op als een *ontbindende* voorwaarde:

'Erfflater heeft immers een ouderlijke boedelverdeling tot stand willen brengen, *tenzij* zijn erfgenamen tezamen binnen de daarvoor gestelde termijn bij notariële akte te kennen zouden geven een andere verdeling te wensen. Ieder van de erfgenamen had het daardoor in zijn macht de door de erfflater gemaakte ouderlijke boedelverdeling in stand te laten, immers *slechts bij unanimitet* van de erfgenamen kon, volgens erflaters uiterste wil, een andere verdeling tot stand worden gebracht.

18. Zie ook art. 127 Overgangswet en Van Es 2011, waarin van Es betoogt dat art. 127 Overgangswet ten aanzien van de geldigheid van een onder het oude recht opgemaakte ouderlijke boedelverdeling geen rol vervult naast art. 79 Overgangswet.
19. Zie in dit kader ook B. Schols 2007b, waarin hij ingaat op de vraag wat er thans nog gewijzigd kan worden aan een onder het oude erfrecht gemaakte ouderlijke boedelverdeling.
20. HR 17 januari 1996, *ECLI:NL:HR:1996:BI5402*, *BNB* 1996/112. Over de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling naar aanleiding van dit arrest Perrick 1996; Luijten 1996; B. Schols 1998. Zie voor een overzicht van de literatuur met betrekking tot de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling vóór dit arrest: de conclusie van A-G Moltmaker in HR 17 januari 1996, *ECLI:NL:HR:1996:BI5402*, *BNB* 1996/112.
21. HR 5 november 1997, *ECLI:NL:HR:1997:BI5838*, *BNB* 1998/8. Hierover ook kort B. Schols 1998.
22. HR 17 januari 1996, *ECLI:NL:HR:1996:BI5402*, *BNB* 1996/112.

Voor ieder van de erfgenamen is er sprake van een ontbindende werking welke afhankelijk was van een toekomstige onzekere gebeurtenis, waarvan de vervulling niet uitsluitend in zijn macht lag (curs. NB).<sup>23</sup>

Zo uitdrukkelijk laat de Hoge Raad zich hier volgens Perrick en Luijten niet over uit.<sup>24</sup> Wat merkt de Hoge Raad dan op?

*'3.3. Uitgangspunt dient te zijn het aan het erfrecht ten grondslag liggende beginsel van de testeervrijheid. In het midden kan blijven in hoeverre dit beginsel meebrengt dat een erflater ook buiten het geval van artikel 4:1167 BW bij uiterste wil een verdeling van zijn nalatenschap aan zijn erfgenamen kan opleggen. Doch met dit beginsel als uitgangspunt en bij gebreke van duidelijke wettelijke aanknopingspunten in andere zin, valt niet in te zien waarom in de gevallen waarin hij zulks op de voet van artikel 1167 wel kan, hij niet tevens bevoegd zou zijn om – binnen de grenzen die de wet aan de testeervrijheid in het algemeen stelt en van de artikelen 1169 en 1170 – aan deze beschikking voorwaarden of voorzieningen te verbinden of haar op andere wijze te beperken of nader te regelen, zoals hij haar ook, naar artikel 1168 uitdrukkelijk toelaat, tot een deel van de nalatenschap kan beperken (curs. NB).'*<sup>25</sup>

De Hoge Raad spreekt van 'voorwaarden en voorzieningen'. Volgens Perrick en Luijten hoeft het hier niet te gaan om een 'voorwaarde' als bedoeld in art. 3:38 BW en art. 4:935 oud BW (vgl. art. 4:45 lid 1 eerste zin BW). Bij voorwaarden kan huns inziens ook worden gedacht aan de meer neutrale betekenis van 'bepalingen' die erflater aan zijn testeervrijheid zou mogen verbinden.<sup>26</sup> Dat de Hoge Raad naast 'voorwaarden' ook de wat vagere term 'voorzieningen',<sup>27</sup> gebruikt, zou deze gedachte kunnen ondersteunen. Maar wat maakt het verschil voor de vraag naar de toelaatbaarheid van wilsafhankelijke beschikkingen, of met 'voorwaarde' een voorwaarde als bedoeld in art. 3:38 BW jo. 4:935 oud BW wordt bedoeld of een voorwaarde in de algemenere betekenis van 'bepalingen'? De Hoge Raad heeft toch immers in zijn arrest duidelijk gemaakt dat erflater sowieso dergelijke wilsafhankelijke voorwaarden, al dan niet in de zin van bepalingen, aan een uiterste wilsbeschikking kan verbinden. En wel op grond van erflaters testeervrijheid. Rechtsom (via art. 3:38 BW) of linksom (via het beginsel van de testeervrijheid) is het zodoende mogelijk om wilsafhankelijke voorwaarden in de uiterste wil op te nemen. Volgens Perrick is de vraag wat de Hoge Raad bedoelt met 'voorwaarden' evenwel van belang om twee redenen:

'Allereerst voor het antwoord op de vraag wat in de opvatting dat de 'tenzij-clausule' een ontbindende voorwaarde is de gevolgen zijn voor een potestatieve voorwaarde [...]. Een tweede vraag die gesteld kan worden, is of het onder het erfrecht ad interim goederenrechtelijk verschil maakt of de ene dan wel de andere opvatting wordt aangehangen.'<sup>28</sup>

23. Hof Amsterdam 17 maart 1994 (nr. 93/0701), *BNB* 1996/112, r.o. 5.2. Vgl. ook Hof Amsterdam 31 augustus 1995 (nr. 93/0953), *BNB* 1998/8 r.o. 5.1.1.

24. Perrick 1996, p. 166; Luijten 1996, p. 521.

25. HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, *BNB* 1996/112, r.o. 3.3.

26. Perrick 1996, p. 166; Luijten 1996, p. 521.

27. Waarvan het overigens mij niet duidelijk is wat de Hoge Raad hiermee bedoeld.

28. Perrick 1996, p. 166.

Deze laatste vraag beantwoordt hij al vrij snel ontkennend.<sup>29</sup> Voor wat de eerste vraag betreft: deze lijkt volgens Perrick van belang te zijn in verband met de opmerking van A-G Moltmaker dat als men aanneemt dat de 'tenzij-clausule' een ontbindende voorwaarde inhoudt, deze geen potestatieve voorwaarde kan zijn.<sup>30</sup> De potestatieve voorwaarde ziet, zoals ik in paragraaf 6.4 nader zal toelichten, immers enkel op het ontstaan van een verbintenis ofwel op de *opschortende* variant.<sup>31</sup> De voorwaarde mag niet in strijd zijn met het wezen van de verbintenis (en wanneer men de leer van de potestatieve voorwaarde doortrekt naar het erfrecht, met het wezen van de uiterste wilsbeschikking). Bij een zogenoemde ontbindende potestatieve voorwaarde is hiervan geen sprake, omdat de uiterste wilsbeschikking dan wel tot stand komt. Ook dit licht ik nader toe in paragraaf 6.4. De opmerking omtrent 'de vraag wat in de opvatting dat de 'tenzij-clausule' een ontbindende voorwaarde is de gevolgen zijn voor een potestatieve voorwaarde', wordt door Perrick overigens gemaakt in verband met een 'tenzij-clausule' die inhoudt dat *uitsluitend de langstlevende* de ouderlijke boedelverdeling binnen een bepaalde termijn na erflaters overlijden mag afwijzen.<sup>32</sup> Het ligt dan uitsluitend in de macht van *één persoon* of de ouderlijke boedelverdeling werking heeft of niet. Is dit bezwaarlijk?

De staatssecretaris wijst in zijn beroepsschrift in cassatie erop dat het voor de beantwoording van de vraag of de *voorwaardelijke* ouderlijke boedelverdeling geoorloofd is, niet uitmaakt of de clausule de bevoegdheid uitsluitend toekent aan de langstlevende echtgenoot dan wel aan de gezamenlijke erfgenamen. Het gaat erom of de door erflater gemaakte ouderlijke boedelverdeling afhankelijk mag zijn van andermans wil.<sup>33</sup> Ook A-G Moltmaker onderschrijft in zijn conclusie dit standpunt.<sup>34</sup> Zoals ik zojuist al opmerkte heeft de Hoge Raad in zijn arrest expliciet goedgekeurd dat erflater wilsafhankelijke voorwaarden (resp. bepalingen) aan zijn uiterste wilsbeschikking kan verbinden, en wel op grond van zijn *testeervrijheid*.<sup>35</sup> Ik zie vanuit dit

29. Perrick 1996, p. 166-167. Zie evenwel ook Luijten 1996, p. 523 die opmerkt dat: 'Volgens het novum van art. 3:38 lid 2 BW heeft de vervulling van een voorwaarde immers géén terugwerkende kracht meer en kan deze ook niet door een afwijkende clausule worden ingevoerd, omdat de regel van dwingend recht is. Het gevolg hiervan is fiscaalrechtelijk bezien wellicht niet zonder gevaren; het betekent immers dat gesteld zou kunnen worden, dat bij vervulling van de voorwaarde twee afzonderlijke erfrechtelijke overgangen plaatsvinden, een weinig aantrekkelijke gedachte.' Met B. Schols 1998, p. 224 ontgaat het ook mij wat Luijten met deze opmerking bedoelt.

30. Zie de conclusie van A-G Moltmaker in HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, BNB 1996/112, p. 946.

31. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 176.

32. Perrick 1996, p. 166.

33. HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, BNB 1996/112, p. 939.

34. HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, BNB 1996/112, p. 946. Zie voorts vanuit fiscaal oogpunt het besluit van 12 augustus 2004, CPP 2004/257M, waarin is geoordeeld dat de formuleringen in de arresten van de Hoge Raad (zowel HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, BNB 1996/112 als HR 5 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5838, BNB 1998/8) zodanig zijn geformuleerd, dat kan worden aangenomen dat een voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling waarbij alleen de langstlevende echtgenoot bevoegd is over de 'tenzij-clausule' te beslissen eveneens geldig is. Zie ook het besluit van 18 augustus 2006, nr. CPP2006/1958M en het besluit van 10 juni 2010 DGB2010/778M.

35. Zie in dit kader ook B. Schols 1998, p. 223, waarin hij opmerkt dat: '[...] de woorden van de Hoge Raad zijn mijns inziens zo abstract geformuleerd dat ook als er geen 'tenzij alle erfgenamen clausule', maar een 'tenzij de langstlevende echtgenoot clausule' – derhalve slechts afhankelijk van de wil van één erfgenaam – was geweest, de Hoge Raad tot hetzelfde doel was gekomen.'

gezichtspunt dan ook geen verschil tussen een wilsafhankelijke voorwaarde, die afhankelijk is gemaakt van de wil van meerdere personen en een wilsafhankelijke voorwaarde, die uitsluitend afhankelijk is gemaakt van de wil van één persoon. Er bestaat mijns inziens enkel een verschil met betrekking tot de mate van onzekerheid ten aanzien van de toekomstige gebeurtenis. Een voorwaarde (resp. bepaling) die inhoudt dat de beschikking afhankelijk is van de wil van meerdere personen zal een grotere onzekerheid mee kunnen brengen (zullen *alle* 'willen' dezelfde kant opwijzen?), dan een voorwaarde (resp. bepaling) die inhoudt dat de beschikking slechts afhankelijk is van de wil van één persoon. Mijns inziens blijft echter, hoe men het ook draait of keert, in beide gevallen sprake van een toekomstige onzekere gebeurtenis. Ik wil de 'tenzij-clausule' dan ook aanmerken als een ontbindende voorwaarde, weliswaar eentje met een wilsafhankelijk element. Kan erflater aan zijn uiterste wilsbeschikking ook een *opschortende voorwaarde* mét een wilsafhankelijk element verbinden? Ofwel hoe verhoudt het leerstuk van de potestatieve voorwaarde zich tot het erfrecht? Hierop ga ik hierna nader in.

#### 6.4. Potestatieve voorwaarde

##### 6.4.1. Inleidend

In het verbintenissenrecht kennen we de zogenoemde potestatieve ofwel *willekeurige* voorwaarde.<sup>36</sup> Ik merkte in paragraaf 6.2 reeds op dat art. 1292 oud BW hierop betrekking had. Art. 1292 eerste zin oud BW hield een verbod in voor de potestatieve voorwaarde. Deze bepaling is thans niet uitdrukkelijk in de wet neergelegd.

In de onderstaande subparagraaf ga ik nader in op art. 1292 oud BW en leg ik uit wat een potestatieve voorwaarde inhoudt (paragraaf 6.4.2). Vervolgens bekijk ik de huidige rol van de potestatieve voorwaarde voor het verbintenissenrecht (paragraaf 6.4.3) en behandel ik als voorbeeld de vraag in hoeverre de werking van een schenking afhankelijk mag worden gemaakt van andermans wil (paragraaf 6.4.4). Daarna plaats ik de potestatieve voorwaarde in het erfrecht. Dit doe ik onder andere door haar te vergelijken met de in paragraaf 6.2 genoemde Duitse bepaling: § 2065 I BGB. De potestatieve voorwaarde lijkt namelijk een zekere verwantschap met § 2065 I BGB te vertonen (paragraaf 6.4.5). Tot slot volgt een tussenconclusie (paragraaf 6.4.6).

##### 6.4.2. Art. 1292 oud BW

Art. 1292 eerste zin oud BW bepaalde dat alle *verbintenissen* nietig zijn, indien de vervulling ervan alleenlijk afhangt van de wil van degene die verbonden is. En voorts

36. Asser/Rutten-I 1981, p. 133 e.v.



dat indien de verbintenis echter afhangt van een daad, waarvan de vervulling in zijne magt staat, en die daad heeft plaats gehad, de verbintenis van kracht is.<sup>37</sup>

De potestatieve voorwaarde speelde zodoende een rol in het *verbintenissenrecht* en bracht mee dat de *werking* van een verbintenis niet zuiver afhankelijk mag zijn van de wil van de schuldenaar, ofwel van degene die verbonden is. Onder de enkele wil van de schuldenaar werd overigens tevens verstaan een handeling van de schuldenaar die zo gemakkelijk kon worden verricht (bijvoorbeeld het optillen van zijn rechterarm), dat er in wezen geen verschil was met zijn enkele wil.<sup>38</sup> Was de werking van de verbintenis daarentegen afhankelijk gesteld van de enkele wil van de schuldeiser of van een derde, dan kwam er wel een geldige voorwaardelijke verbintenis tot stand.<sup>39</sup> Dit was op grond van art. 1292, tweede zin, oud BW eveneens het geval indien de verbintenis afhing van een daad ofwel van een *gebeurtenis*, waarvan de vervulling in de macht lag van degene die bij de verbintenis verbonden was.

Rutten geeft aan dat (het antwoord op) de vraag of art. 1292 oud BW slechts op de opschortende voorwaarde ziet of ook op de ontbindende voorwaarde in de literatuur betwist is.<sup>40</sup> Zijns inziens ziet art. 1292 oud BW niet op de ontbindende voorwaarde, bijvoorbeeld 'tenzij ik niet wil', maar enkel op de opschortende voorwaarde, zoals 'indien ik wil'.<sup>41</sup> Is er sprake van een zogenoemde ontbindende potestatieve voorwaarde dan komt namelijk wel een verbintenis tot stand. Deze verbintenis vervalt dan evenwel op het moment dat de schuldenaar verklaart haar op te heffen. In het geval van een opschortende potestatieve voorwaarde komt er echter (nog) geen verbintenis tot stand. Pas op het moment dat de schuldenaar verklaart 'te willen' kan van een verbintenis worden gesproken. Art. 1292 oud BW verklaarde anders gezegd, volgens Rutten, enkel nietig de verbintenissen waarvan het *ontstaan* van de wil van de schuldenaar afhankelijk is.<sup>42</sup> Dit uitgangspunt lijkt ook vandaag de dag met betrekking tot het leerstuk van de potestatieve voorwaarde, zoals ik hierna in paragraaf 6.4.3 zal toelichten, te worden omarmd.<sup>43</sup>

37. Vgl. hiermee de in paragraaf 6.2 genoemde *Potestativbedingung*. Vgl. voorts Asser/Rutten-I 1981, p. 133 e.v. waarin is te lezen dat het Franse wetboek een onderscheid maakte tussen de volgende voorwaarden:

1. '*conditions potestatives*' ofwel de potestatieve of willekeurige voorwaarde. Bijvoorbeeld: 'indien ik wil', of 'indien je op reis gaat'. In het Franse wetboek was de potestatieve voorwaarde derhalve een voorwaarde waarvan de vervulling in de macht van een van beide partijen ligt.
2. '*casuelles*' ofwel de toevallige voorwaarde. Bijvoorbeeld: 'indien dit jaar een oorlog uitbreekt'. Hiervan is sprake indien de vervulling niet in de macht van de schuldeiser of schuldenaar staat.
3. '*mixtes*' ofwel de gemengde voorwaarde. Bijvoorbeeld 'indien je met mijn nicht trouwt.' Hiervan is sprake indien de vervulling van de voorwaarde afhangt van de wil van een der partijen en van een derde tezamen.

38. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 175. Zie ook Asser/Rutten-I 1981, p. 134.

39. Asser/Rutten-I 1981, p. 135.

40. Asser/Rutten-I 1981, p. 135-136.

41. Zie ook art. 6:22 BW: 'Een opschortende voorwaarde doet de werking van de verbintenis eerst met het plaatsvinden van de gebeurtenis aanvangen; een ontbindende voorwaarde doet de verbintenis met het plaatsvinden der gebeurtenis vervallen.'

42. Asser/Rutten-I 1981, p. 135-136.

43. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 176.

Art. 1292 eerste zin oud BW lijkt enigszins op de bepaling van het hiervoor uiteen-gezette § 2065 I BGB, dat verbiedt om de werking van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te stellen van andermans wil.<sup>44</sup> Er zijn, zoals in de bovenstaande alinea al doorschemert, tussen beide bepalingen echter wel verschillen aan te wijzen, die ik hierna in subparagraaf 6.4.5 noem.

Geldt het verbod van art. 1292 oud BW ook in ons huidige recht?

#### 6.4.3. Geen strijd met het wezen van de verbintenis

Art. 1292 oud BW is thans niet teruggekeerd in de wet, omdat:

'Mijn door u aangenomen belofte om iets te geven 'indien ik wil', doet geen verbintenis, ook geen voorwaardelijke verbintenis, geboren worden, omdat ik door de toevoeging juist verklaar mij thans niet te verbinden. Een bepaling hieromtrent is, als overbodig, niet in het huidige wetboek opgenomen; vergelijk Parl. Gesch. Boek 6, p. 146-147.'<sup>45</sup>

Het verbod van de potestatieve voorwaarde werd dus *overbodig* geacht. Maar nog steeds geldt dat een verbintenis waarvan het ontstaan afhankelijk is van een (zuiver) potestatieve voorwaarde nietig is. Een dergelijke verbintenis is immers nog geen verbintenis.<sup>46</sup> Het gaat er anders gezegd om dat een voorwaarde niet in strijd mag zijn met het wezen van de verbintenis.<sup>47</sup>

Onder 'potestatieve voorwaarde' wordt, evenals hiervoor met betrekking tot het oude BW door mij werd opgemerkt, verstaan de *opschortende* potestatieve voorwaarde, zoals 'indien ik wil'. Een verbintenis onder ontbindende potestatieve voorwaarde, zoals 'tenzij ik niet wil', roept in beginsel immers wel een verbintenis in het leven. Deze verbintenis kan echter vervolgens naar eigen willekeur door de schuldenaar teniet worden gedaan.<sup>48</sup> Een sprekend voorbeeld hiervan is de herroepelijke schenking: ik schenk, tenzij ik herroep (tenzij ik niet meer wil). De zogenoemde ontbindende potestatieve voorwaarde lijkt in het gehele vermogensrecht te zijn toegestaan.<sup>49</sup>

44. Zoals ik in paragraaf 6.2 opmerkte valt onder § 2065 I BGB niet een zogenoemd *Potestativbedingung* (zie Halding-Hoppenheit 2003, p. 59). Dat wil zeggen een voorwaarde die een gebeurtenis inhoudt waarvan het intreden mede afhankelijk is van de wil van een ander.

45. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 175. Zie ook Asser/Rutten-I 1981, p. 134. Een potestatieve voorwaarde is dus eigenlijk geen echte voorwaarde. Zie ook de Conclusie van AG mr. Moltmaker bij HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, BNB 1996/112.

46. In zoverre is de term potestatieve voorwaarde overigens verwarrend. Als er geen verbintenis is, kan er ook geen sprake zijn van een *voorwaardelijke* verbintenis. Dat kan bij de zogenoemde ontbindende potestatieve voorwaarde daarentegen wel. In dat geval is de verbintenis immers wel tot stand gekomen, maar heeft zij een voorwaardelijk karakter. Het hangt af van de wil van degene die verbonden is of de verbintenis al dan niet vervalt. Vgl. in dit kader ook Marres 1993, p. 455 die opmerkt dat een ontbindende potestatieve voorwaarde een *contradictio in terminis* is, omdat de potestatieve voorwaarde juist voorkomt dat er een verbintenis ontstaat. De zogenoemde ontbindende potestatieve voorwaarde, zou mijns inziens dan ook beter kunnen worden geduid als een ontbindende voorwaarde met een zuiver wilsafhankelijk element.

47. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 175.

48. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 176.

49. *Kamerstukken II* 2000/01, 17213, 6, p. 7 (Nota). Zie ook Van Straaten 2005, p. 21.

Wanneer ik spreek van de potestatieve voorwaarde doel ik dan ook steeds op de opschortende potestatieve voorwaarde, tenzij ik dit anders aangeef.

Hartkamp & Sieburgh geven overigens aan dat de vraag of de vervulling van de voorwaarde van de enkele wil van de schuldenaar afhangt (en zodoende potestatief is), slechts van belang is voor de *eenzijdige overeenkomst* en niet voor de wederkerige overeenkomst of voor bedingen die daarvan een onderdeel uitmaken.<sup>50</sup> Zij lichten dit toe met de opmerking dat:

'Indien A en B afspreken dat A een zaak voor een bepaalde prijs aan B zal verkopen voor het geval B verklaart haar te willen hebben, kan B door die enkele verklaring de koopovereenkomst tot stand brengen.'<sup>51</sup>

Zie in dit kader ook Van Quickenborne die opmerkt:

'Wanneer de schuldenaar derhalve, dankzij de potestativiteit van de voorwaarde, aan zijn verbintenis poogt te ontsnappen, verliest hij meteen het voordeel van de prestatie van zijn wederpartij. Het niet-nakomen van zijn eigen verbintenis heeft (bijna) steeds het uitblijven van de wederprestatie tot gevolg, en is, juist daarom, niet vrijblijvend, en betekent steeds een 'offer'. Elke wederkerige overeenkomst bevat dus uit zichzelf, structureel, een rem tegen de loutere potestativiteit.'<sup>52</sup>

Een voorbeeld van een eenzijdige overeenkomst is de zojuist genoemde *schenking*, die, zoals ik in paragraaf 2.4 al aangaf, een sterke gelijkenis vertoont met het legaat. Om een indruk te geven van de betekenis van de potestatieve voorwaarde in het verbintenis-recht, ga ik hierna kort in op de vraag in hoeverre het mogelijk is om de *werking van een schenking* afhankelijk te maken van wilsafhankelijke voorwaarden?

#### 6.4.4. Voorbeeld: *schenking*

##### 6.4.4.1. Inleidend

Aan een schenking kunnen in beginsel voorwaarden worden verbonden (vgl. art. 3:38 BW en afdeling 6.1.5 BW).<sup>53</sup> Ofwel de werking van een schenking kan afhankelijk worden gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis. Deze voorwaarden kunnen een opschortend (bijvoorbeeld 'indien') of ontbindend (bijvoorbeeld 'tenzij') karakter hebben. Een opschortende voorwaarde doet de werking van een verbintenis eerst met het plaatsvinden van de gebeurtenis aanvangen. Een ontbindende voorwaarde doet de werking van de verbintenis met het plaatsvinden van de gebeurtenis eindigen (art. 6:22 BW).<sup>54</sup> Kunnen opschortende en ontbindende voorwaarden ook zo worden geformuleerd dat de werking van de verbintenis die uit de schenking voortvloeit

50. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 176.

51. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 176.

52. Van Quickenborne 2006, p. 72.

53. Zie ook Asser/Perrick 2013 (4), nr. 284.

54. Over opschortende en ontbindende voorwaarden: Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 164.

afhankelijk is van andermans wil? Op deze vraag ga ik in de onderstaande paragrafen nader in.

#### 6.4.4.2. Ontbindende potestatieve voorwaarde

In de parlementaire geschiedenis van Boek 7 BW wordt bevestigd dat zogenoemde ontbindende potestatieve voorwaarden in het vermogensrecht mogelijk zijn.<sup>55</sup> Het is zodoende toegestaan om herroepelijk te schenken. Hierbij dient te worden opgemerkt dat de mogelijkheid tot herroepen slechts bestaat indien deze tussen schenker en begiftigde is overeengekomen.<sup>56</sup>

Voorts is het in beginsel mogelijk om te bedingen dat de schenking kan worden herroepen door een derde. Bijvoorbeeld een erfgenaam:

'Het beding [ofwel de ontbindende voorwaarde, toev. NB] dat de schenking door de schenker kan worden herroepen, kan naar inhoud of strekking ook insluiten dat na schenkers dood zijn erfgenamen nog tot herroeping kunnen overgaan. Aldus ook MEIJERS, *Ontwerp nieuw BW 1972*, p. 901.<sup>57</sup>

Zoals ik in paragraaf 2.5.2.2 (onder C, voorbeeld 3) aangaf, merkt Mellema-Kranenburg in dit kader evenwel op dat de erfgenamen de schenking niet onbeperkt kunnen herroepen, omdat dan sprake kan zijn van een verboden wilsdelegatie. Of de schenking wordt herroepen, mag haars inziens niet van de *willekeur* van de erfgenamen afhangen.<sup>58</sup> Mijns inziens impliceert de mogelijkheid om onbeperkt te herroepen niet tevens een willekeurig handelen. Met Mellema-Kranenburg ben ik het evenwel eens dat het herroepen van een schenking niet tot willekeur, van degene die tot herroeping overgaat, mag leiden. Doch mijns inziens houdt art. 6:23 BW hier al rekening mee, door te stellen dat indien de redelijkheid en billijkheid zo verlangen, de voorwaarde als niet vervuld geldt indien de partij die bij de vervulling belang had, deze heeft teweeggebracht. Willekeurig handelen door degene die zich op het herroepingsbeding beroept, wordt anders gezegd door art. 6:23 BW reeds gecorrigeerd.<sup>59</sup>

#### 6.4.4.3. Opschortende potestatieve voorwaarde

Wat *niet* is toegestaan, is de schenking die afhankelijk is van een opschortende potestatieve voorwaarde:

55. *Kamerstukken II 2000/01*, 17213, 6, p. 7 (Nota). Zie ook Van Straaten 2005, p. 21. En voorts F. Schols 2011, nr. 14; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 284. Dat de ontbindende voorwaarden met wilsafhankelijke elementen ook in het erfrecht mogelijk zijn, wordt bevestigd door bijvoorbeeld HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, *BNB* 1996/112 en HR 5 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5838, *BNB* 1998/8.

56. *Kamerstukken II 2000/01*, 17213, 6, p. 7 (Nota).

57. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 284.

58. Mellema-Kranenburg 2004a, p. 41.

59. Vgl. paragraaf 4.3.5.

'De voorwaarde mag niet in strijd zijn met het *wezen der verbintenis*. De verbintenis onder een opschortende voorwaarde welke vervulling *afhangt van de enkele wil van de schuldenaar*, is derhalve [ook naar komend recht] nietig (curs. NB).'<sup>60</sup>

Er is evenwel een verschil tussen een van de wil van de schuldenaar/ schenker afhankelijk gemaakte verbintenis en een van het redelijk oordeel van de schuldenaar/ schenker afhankelijk gemaakte verbintenis.<sup>61</sup> Laatstgenoemde verbintenis wordt niet in strijd geacht met *het wezen van de verbintenis* en is toegestaan. Cruciaal hierbij is dat het oordeel van de schuldenaar/ schenker moet worden gevormd met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, zodat de verbintenis niet afhankelijk is van diens willekeur.<sup>62</sup> Er lijkt voor wat de opschortende potestatieve voorwaarde betreft met andere woorden niets aan de hand te zijn, indien de werking van de schenking afhankelijk is gemaakt van het *redelijk oordeel* van de schenker. Dat geldt mijns inziens niet alleen voor het handelen van de schenker, maar ook voor het handelen van een derde (iemand die niet door de verbintenis verbonden is).<sup>63</sup> De potestatieve voorwaarde verbiedt immers, zoals reeds door mij is opgemerkt, enkel dat een verbintenis afhankelijk is gemaakt van de wil van degene die verbonden is, ofwel van de wil van de schenker.

#### 6.4.5. Potestatieve voorwaarde in het *erfrecht*

##### 6.4.5.1. Inleidend

De potestatieve voorwaarde heeft betekenis voor het *verbintenissenrecht*. Het ontstaan van een verbintenis mag niet louter afhankelijk zijn van de wil van de schuldenaar, ofwel van degene die verbonden is. Het lijkt erop dat in het *erfrecht* de potestatieve voorwaarde dus enkel een rol kan spelen voor *erfrechtelijke verbintenissen*, zoals deze bijvoorbeeld kunnen voortvloeien uit een legaat.<sup>64</sup>

In de onderstaande subparagrafen neem ik het legaat als voorbeeld bij de beantwoording van de vraag in hoeverre het leerstuk van de potestatieve voorwaarde van belang is voor *erfrechtelijke verbintenissen* en in hoeverre de potestatieve voorwaarde verhindert dat de werking van dergelijke verbintenissen afhankelijk wordt gemaakt van andermans wil. Zoals ik reeds heb aangegeven, heeft de potestatieve voorwaarde betrekking op verbintenissen. Zij heeft dus strikt genomen geen betekenis voor uiterste wilsbeschikkingen als bijvoorbeeld de erfstelling of de testamentaire last,

60. Asser/Perrick 2013 (4), nr. 284. Zie ook Mellema-Kranenburg 2004a, p. 40 en F. Schols 2011, p. 42.

61. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 175.

62. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 175. Vgl. paragraaf 4.3.5 'Objectivering door redelijkheid en billijkheid voorkomt willekeur'.

63. Wat redelijk is, zal mijns inziens, indien een door erflater bepaald kader ontbreekt en de gedelegeerde een grote vrijheid heeft, door een marginale toetsing op grond van de redelijkheid en billijkheid moeten blijken. Zie over toetsing van het oordeel van de gedelegeerde ook Kleijn 1969, p. 293-294.

64. Zie over het *erfrecht* als bron van verbintenis B. Schols 2007a over de grondslagen van executele als *erfrechtelijke verbintenis*. Zie over de eenzijdige rechtshandeling als bron van verbintenis Cauffman 2005.

omdat deze beschikkingen geen verbintenissen in het leven roepen. Niettemin geldt, ingevolge het leerstuk van de potestatieve voorwaarde, mijns inziens ook voor deze uiterste wilsbeschikkingen dat een voorwaarde niet in strijd mag komen met het wezen ofwel de aard van de beschikking. Dit vloeit ook voort uit het bepaalde in art. 3:38 lid 1 BW, waarin is te lezen dat:

'Tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit, kan een rechtshandeling onder een tijdsbepaling of een voorwaarde worden verricht (curs. NB).'

#### 6.4.5.2. Verschillen potestatieve voorwaarde en § 2065 I BGB

In paragraaf 6.4.2 gaf ik aan dat de potestatieve voorwaarde, zoals zij in art. 1292 oud BW tot uitdrukking kwam, enigszins gelijkenis vertoont met § 2065 I BGB dat ik in paragraaf 6.2 noemde. Beide bepalingen houden namelijk een verbod in om de werking van een rechtshandeling afhankelijk te stellen van andermans wil. Toch zijn er tussen beide bepalingen duidelijke verschillen, die ik hierna, voor wat het legaat betreft, opsom:

1. § 2065 I BGB heeft betrekking op uiterste wilsbeschikkingen. Zoals ik in de vorige subparagraaf aanstipte, ziet de potestatieve voorwaarde echter niet op uiterste wilsbeschikkingen, maar op *verbintenissen*. Verbintenissen kunnen evenwel ook voortvloeien uit een uiterste wilsbeschikking, zoals het legaat.
2. Op grond van § 2065 I BGB kan erflater zijn beschikkingen niet afhankelijk maken van een opschortende noch van een ontbindende wilsafhankelijke voorwaarde. Het leerstuk van de potestatieve voorwaarde verbiedt daarentegen enkel dat een voorwaarde in strijd is met het wezen van een verbintenis, ofwel het verbiedt de opschortende potestatieve voorwaarde. De ontbindende voorwaarde met een wilsafhankelijk element is in beginsel toegestaan (vgl. hiervoor in paragraaf 6.4.4 de herroepelijke schenking).
3. § 2065 I BGB verbiedt uiterste wilsbeschikkingen die afhankelijk zijn gesteld van andermans wil. Op grond van het leerstuk van de potestatieve voorwaarde is enkel niet toegestaan: het afhankelijk stellen van de wil van degene die verbonden is. Dat wil zeggen de schuldenaar. Bij een schenking is dit bijvoorbeeld de schenker. Voor wat het legaat betreft is dit degene op wie het legaat drukt. Bijvoorbeeld de erfgenaam die met het legaat is belast. Is de werking van het legaat evenwel afhankelijk gemaakt van de wil van een *derde* (iemand die niet bij de verbintenis verbonden is) dan is het legaat niet nietig op grond van de (ontoelaatbare) potestatieve voorwaarde.<sup>65</sup> § 2065 I BGB is in dit opzicht dus strenger dan de potestatieve voorwaarde.
4. En last but not least. In tegenstelling tot § 2065 I BGB dat ruim wordt geïnterpreteerd, in die zin dat ook het afhankelijk stellen van het redelijk oordeel (*billigem*

65. Van een potestatieve voorwaarde is immers geen sprake indien een verbintenis (uit overeenkomst of legaat) afhankelijk wordt gemaakt van de wil van iemand die niet bij de verbintenis verbonden is. Vergelijk hiermee ook het bindend advies/ oordeel van bijvoorbeeld een deskundige: ik schenk 100.00 euro, indien mijn accountant dit toestaat.

*Ermessen*) van een ander is verboden,<sup>66</sup> is niet in strijd met het wezen van de verbintenis: een voorwaarde die de werking van de verbintenis afhankelijk maakt van het *redelijk oordeel* van degene die verbonden is (zoals de schenker, maar dus ook degene op wie een legaat drukt). Want:

'Met het wezen ener verbintenis is evenmin in strijd de voorwaarde 'indien naar de mening van de schuldenaar zijn kas het zal toelaten' (Hof 's-Hertogenbosch 15 jan. 1918, *N.J.* 1919, p. 29) of 'indien zulks hem, naar zijn mening, zal conveniëren' (Rb. Amsterdam 8 febr. 1935, *W.* 12887; zie ook Hof Amsterdam 5 dec. 1922, *N.J.* 1923, p. 540; *W.* 11013, cass. Verw. H.R. 3 jan. 1924, *N.J.* 1924, p. 377; *W.* 11215). Immers, de strekking van een dergelijk beding is, althans in de regel, dat de schuldeiser slechts bij het oordeel van de schuldenaar zal hebben neer te leggen, *indien dit te goeder trouw is gevormd* [ofwel: met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, toev. NB], met andere woorden de grenzen der redelijkheid niet overschrijdt; *de verbintenis hangt hier dus niet af van de willekeur van de schuldenaar*. Dit is evenmin het geval, indien aan een van de partijen de bevoegdheid is toegekend de overeenkomst te doen vervallen – of deze te doen herzien – wanneer tengevolge van een wijziging van omstandigheden de nakoming voor haar te bezwaarlijk zou worden [...]. Daarom kan art. 1292 meestal niet worden ingeroepen tegen bedingen, waarbij aan de schuldenaar wordt overgelaten zelf de omvang zijner verplichting te bepalen (MEIJERS, *W.P.N.R.* 2420, p. 239; *V.O.* III, p. 16v.; zie ook § 315 BGB) (curs. NB).'<sup>67</sup>

Een vergelijkbare benadering is te vinden in een tekst uit de *Digesten*, die betrekking heeft op het fidei-commis. De Nederlandse vertaling van *D.* 32.11.7 luidt namelijk:

'Een fideicommiss is weliswaar niet verschuldigd, wanneer het is nagelaten in de volgende bewoordingen: "indien u het wilt", maar het zal daarentegen wel verschuldigd zijn, als het als volgt geschreven is: "indien het u goeddunkt", "indien u van mening bent", "indien u van oordeel bent", "indien het u nuttig voorkomt" of "zal voorkomen". Dan heeft de erflater immers de erfgenaam niet een volledige beoordelingsvrijheid gegeven, maar is het fideicommiss hem nagelaten als opgelegd aan een verstandig man.'<sup>68</sup>

Hieruit blijkt dat willekeur kan worden voorkomen door te handelen als een verstandig, ofwel als een redelijk denkend mens.<sup>69</sup> Een bepaling als 'Indien zulks hem, naar zijn mening, zal conveniëren', is niet in strijd met het wezen van de verbintenis en derhalve toegestaan.

In hoeverre mag, vanuit het leerstuk van de potestatieve voorwaarde bekeken, de werking van een legaat dan afhankelijk worden gemaakt van andermans wil?

66. Zie paragraaf 3.3.2 en paragraaf 6.2.

67. Asser/Rutten-I 1981, p. 134. Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 175.

68. Vert. door Spruit 1997, p. 618. *D.* 32.11.7 luidt als volgt: 'Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur "si volueris", tamen si ita adscriptum fuerit: "si fueris arbitratus" "si putaveris" "si aestimaveris" "si utile tibi fuerit visum" vel "videbitur", debebitur: non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum.'

69. Vgl. ook paragraaf 4.3.5 'Objectivering door redelijkheid en billijkheid voorkomt willekeur'.

### 6.4.5.3. Potestatieve voorwaarde en wilsdelegatie ten aanzien van de werking van een legaat

Het antwoord op de vraag in hoeverre de werking van een legaat afhankelijk kan worden gemaakt van andermans wil, verschilt in wezen niet van het antwoord op de vraag in hoeverre een schenking afhankelijk kan worden gemaakt van andermans wil (zie paragraaf 6.4.4).

Het leerstuk van de potestatieve voorwaarde brengt mee dat het niet is toegestaan om het ontstaan van een verbintenis afhankelijk te maken van de wil van degene die verbonden is. In het geval van het legaat betekent dit dat erflater de werking van een legaat niet afhankelijk kan maken van een 'goedkeuringsrecht' van degene(n) op wie het legaat drukt. Dat zijn doorgaans de erfgenamen.

Het legaat: 'Ik legateer aan mijn vriend X mijn auto, indien mijn erfgenaam Y dit wil', is vanuit deze gedachte nietig.<sup>70</sup> De potestatieve voorwaarde 'indien mijn erfgenaam Y dit wil', is namelijk in strijd met het wezen van de verbintenis. Y bepaalt namelijk of er al dan niet een vorderingsrecht voor X zal zijn. Hierbij dienen evenwel twee kanttekeningen te worden gemaakt:

1. Zoals ik hiervoor reeds heb opgemerkt, is het enkel niet toegestaan om de werking van een verbintenis afhankelijk te maken van de wil van degene die verbonden is (voor het legaat zijn dat doorgaans de erfgenamen). De vraag kan worden gesteld wat rechtens is als de werking van het legaat afhankelijk is gemaakt van de wil van iemand die niet bij het legaat verbonden is, zoals een derde. Het leerstuk van de potestatieve voorwaarde ziet hier niet op en het zou dan ook mogelijk moeten zijn om het volgende legaat te maken: 'Ik legateer aan mijn vriend X mijn auto, indien mijn advocaat dit wil.' Dit is slechts anders indien de advocaat handelt naar eigen willekeur. Ik kom hierop terug in paragraaf 6.6.
2. Wat niet met het wezen van de verbintenis in strijd is, is een van andermans *redelijk oordeel* afhankelijk gemaakt legaat. Naar mijn mening zou het dan ook mogelijk moeten zijn om het volgende legaat te maken: 'ik legateer aan mijn vriend X mijn auto, indien deze auto naar het oordeel van mijn erfgenaam Y voor X geschikt is'.

Wat in beginsel eveneens is toegestaan is de werking van het legaat afhankelijk maken van een *ontbindende* voorwaarde met een zuiver wilsafhankelijk element (de zogenoemde ontbindende potestatieve voorwaarde) van bijvoorbeeld de erfgenamen of van een derde. Dat ontbindende voorwaarden met zuiver wilsafhankelijke elementen in het erfrecht zijn toegestaan, is bevestigd door de Hoge Raad in de arresten HR 17 januari 1996, *BNB* 1996/112 en HR 5 november 1997, *BNB* 1998/8. De voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling werd hierin aanvaard.<sup>71</sup> En recenter bevestigde de Hoge Raad de mogelijkheid van ontbindende voorwaarden met zuiver wilsafhankelijke

70. Vanuit de idee dat zoveel mogelijk uitvoering dient te worden gegeven aan erflaters laatste wil, kan evenwel de vraag worden gesteld of niet enkel de voorwaarde nietig zou moeten zijn (vgl. art. 4:45 BW).

71. HR 17 januari 1996, *ECLI:NL:HR:1996:BI5402*, *BNB* 1996/112 en HR 5 november 1997, *ECLI:NL:HR:1997:BI5838*, *BNB* 1998/8. Over de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling ook paragraaf 6.3.3.



elementen eveneens in HR 16 januari 2004, *NJ* 2004/487 (*Boerenplaatsje*), waarin de voorwaardelijke tweetrapsmaking werd toegestaan.<sup>72</sup> Een dergelijke ontbindende voorwaarde komt niet in strijd met het wezen van de verbintenis. Het legaat 'ik legateer aan mijn vriend X mijn auto, tenzij mijn erfgenaam Y dit niet wil' is, bekeken vanuit de leer van de potestatieve voorwaarde, dan ook toegestaan.

De vraag kan evenwel worden gesteld of het formele aspect van het hoogstpersoonlijk karakter (art. 4:42 lid 3 BW) niet toch verhindert dat de erflater de werking van zijn uiterste wilsbeschikking afhankelijk maakt van een zogenoemde *ontbindende* potestatieve voorwaarde. Vat men een dergelijke voorwaarde op als een *herroeping* van de uiterste wilsbeschikking, dan botst dit met het bepaalde in art. 4:42 lid 3 BW. Op grond van dit artikel kan een erflater immers slechts *persoonlijk* zijn uiterste wilsbeschikking *herroepen*. In paragraaf 2.5.2.1 kwam evenwel de ratio van art. 4:42 lid 3 BW aan bod. Met art. 4:42 lid 3 BW heeft de minister de algemeen erkende regel dat een wettelijke vertegenwoordiger of een gevolmachtigde nimmer rechtsgeldig ten name van de vertegenwoordigde een uiterste wilsbeschikking kan maken of herroepen vastgelegd.<sup>73</sup> Dit artikel behelst anders gezegd een vertegenwoordigingsverbod bij leven van de erflater. Het verhindert mijns inziens dan ook niet dat erflater aan zijn uiterste wilsbeschikking een ontbindende voorwaarde verbindt die (al dan niet impliciet) afhankelijk is gemaakt van andermans wil (vgl. de zojuist genoemde uitspraken HR 17 januari 1996, *BNB* 1996/112 en HR 5 november 1997, *BNB* 1998/8 evenals HR 16 januari 2004, *NJ* 2004/487).

#### 6.4.6. Tussenconclusie

Het leerstuk van potestatieve voorwaarde speelt enkel een rol voor verbintenissen. Dit brengt mee dat de betekenis van de potestatieve voorwaarde voor het erfrecht zich strikt genomen beperkt tot *erfrechtelijke verbintenissen*, zoals die kunnen voortvloeien uit bijvoorbeeld het legaat. Erflater mag de werking van een erfrechtelijke verbintenis niet afhankelijk maken van louter de wil van degene die bij deze verbintenis verbonden is. Niettemin ben ik van mening dat in het leerstuk van de potestatieve voorwaarde evenwel doorschemert dat ook voor andere uiterste wilsbeschikkingen, die geen erfrechtelijke verbintenissen in het leven roepen, geldt dat een voorwaarde niet in strijd mag komen met het wezen van de beschikking (vgl. paragraaf 6.4.3). Zo volgt ook uit art. 3:38 lid 1 BW. Dit is bijvoorbeeld met betrekking tot de erfrechtelijke verbintenissen niet het geval wanneer de verbintenis afhankelijk is gemaakt van:

1. Een zogenoemde *ontbindende* potestatieve voorwaarde.<sup>74</sup>
2. De wil van iemand die niet bij een erfrechtelijke verbintenis verbonden is (zoals een derde).

72. HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, *NJ* 2004/487 (*Boerenplaatsje*). Zie ook paragraaf 6.5.3.3 waarop ik nader inga op het *Boerenplaatsje*-arrest.

73. *Kamerstukken II* 1962/63, 3771, 6 (MvA), p. 20, *Parl. Gesch. Vast.* p. 216. Zie ook *Kamerstukken II* 1964/65, 3771, 9, p. 53 (NvW), *Parl. Gesch. Vast.* p. 222.

74. Vgl. ook de subsidiaire beschikkingen in het kader van een 'verwerping'.

3. Méér dan *louer* de wil van degene die verbonden is. Bijvoorbeeld van diens wil en de wil van anderen tezamen.
4. Het *redelijk oordeel* van degene die bij een erfrechtelijke verbintenis verbonden is.<sup>75</sup>

Maar komen de kaarten er misschien anders voor te liggen wanneer bij de vraag in hoeverre het mogelijk is om de werking van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van andermans wil, ook het in de verantwoording van dit onderzoek genoemde *willekeurcriterium* in ogenschouw wordt genomen? De minister heeft immers in het kader van wilsdelegatie opgemerkt dat:

'Het derde lid van artikel 4.3.1.2 regelt uitdrukkelijk dat een uiterste wilsbeschikking slechts door de erflater persoonlijk kan worden gemaakt. Daarmee blijft de mogelijkheid bestaan dat de erflater in zijn testament een derde aanwijst die zal bepalen wie van de verscheidene door de erflater genoemde personen het legaat zal genieten. *Wat de erflater niet is toegestaan is zijn beschikking afhankelijk te stellen van de willekeur van een ander* (curs. NB).'<sup>76</sup>

In de laatste zin van deze passage is een willekeurcriterium voor uiterste wilsbeschikkingen, of beter gezegd een *willekeurverbod*, neergelegd. Het zou erflater niet zijn toegestaan om zijn beschikking afhankelijk te maken van de willekeur van een ander. Wat betekent dit concreet voor wilsdelegatie ten aanzien van de werking van uiterste wilsbeschikkingen? Ik kom hierop terug in paragraaf 6.6.

Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre het erflater is toegestaan om wilsafhankelijke voorwaarden in zijn uiterste wil op te nemen, knoopte ik (na inspiratie te hebben gehaald uit het Duitse § 2065 I BGB) tot nu toe met name aan bij het leerstuk van de potestatieve voorwaarde. Dit leerstuk speelt een rol in het verbintenissenrecht en voor wat het erfrecht betreft heeft het dan ook strikt genomen enkel betekenis ten aanzien van erfrechtelijke verbintenissen. Zoals ik reeds in deze subparagraaf opmerkte, schemert in het leerstuk van de potestatieve voorwaarde evenwel ook door dat een voorwaarde niet in strijd mag komen met het wezen ofwel de aard van de uiterste wilsbeschikking (vgl. paragraaf 6.4.3). Dit volgt ook uit art 3:38 lid 1 BW. Hoe staan de aard van de erfstelling en de last tegenover wilsafhankelijke voorwaarden?

75. Zie in dit kader ook Suijling/Dubois 1931, nr. 144, waarin is opgemerkt dat aan nietigheid lijden: makingen onder voorwaarde dat een derde de beschikkingen goedkeurt of zich daartegen niet verzet. In noot twee bij deze opmerking wijst Suijling/Dubois evenwel ook op het van zijn mening afwijkende standpunt van 'Aubry et Rau, X, 1918, 555, die alleen de van het willekeurig oordeel van een derde afhankelijk gestelde making nietig acht. Indien de derde naar redelijkheid heeft te beslissen, zou de voorwaarde geoorloofd zijn.' Vgl. voorts Rombach 1969, p. 422, waarin Rombach verwijst naar Pothiers opvatting: 'Zijn opvatting is aldus samen te vatten, dat hij alleen de zuiver potestatieve voorwaarde (mits Gij erfgenaam het wilt) uitgesloten acht, maar toelaat elke beslissing van de erfgenaam die afhangt van diens daden of zelfs alleen maar van billijkheidsregels, terwijl een derde-gedelegeerde zelfs geheel vrij kan beslissen over een hem door de testateur toegekend vetorecht.'

76. *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771.

## 6.5. Voorwaarden in het erfrecht (II)

### 6.5.1. Inleidend

Ik merkte in paragraaf 6.3 reeds op dat aan iedere rechtshandeling in beginsel een voorwaarde kan worden verbonden (art. 3:38 BW). Op grond van erflaters testeervrijheid zou dit ook een voorwaarde met een wilsafhankelijk element kunnen zijn (vgl. het voorbeeld in paragraaf 6.3.3 met betrekking tot de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling). Althans voorzover hiermee niet in strijd wordt gehandeld met het wezen van de uiterste wilsbeschikking (vgl. paragraaf 6.4 en art. 3:38 lid 1 BW).

### 6.5.2. Makingen onder voorwaarden

#### 6.5.2.1. Algemeen

Voor wat de *makingen* (te weten de erfstelling en het legaat) betreft, bevestigt de wet in afdeling 4.5.5 BW, in bijzonder art. 4:137-140 BW, dat zij onder een voorwaarde – met ontbindend of opschortend karakter – kunnen worden verricht.<sup>77</sup>

#### 6.5.2.2. Erfstelling onder voorwaarde: de aard van de erfstelling en wilsafhankelijke voorwaarden

De bepalingen van art. 4:137-140 BW zien met name op de erfstelling. Voor wat de legaten betreft, kan veelal te rade worden gegaan bij de bepalingen omtrent *voorwaardelijke verbintenissen* in Boek 6 BW (afdeling 6.1.4 BW). En voor wat de wilsafhankelijke voorwaarden betreft, zoals in de vorige paragraaf naar voren kwam, in het bijzonder bij het leerstuk van potestatieve voorwaarden. Uit dit leerstuk kan voor *alle* uiterste wilsbeschikkingen, als belangrijkste les, worden opgemerkt dat een voorwaarde niet in strijd mag komen met het wezen ofwel *de aard* van de uiterste wilsbeschikking (vgl. art. 3:38 lid 1 BW). De aard van de erfstelling verzet zich, getuige art. 4:137-140 BW, niet tegen voorwaarden, maar verzet deze aard zich misschien wel tegen *wilsafhankelijke voorwaarden*?

In paragraaf 5.2 behandelde ik de aard van de erfstelling en merkte ik reeds op dat deze aard ertoe leidt dat wilsdelegatie ten aanzien van het bepalen van de erfgenamen en erfdelers in beginsel niet mogelijk is.<sup>78</sup> Voor wat de wilsafhankelijke voorwaarden betreft, betekent dit dat de voorwaarde niet kan inhouden dat een ander door middel van de voorwaarde bepaalt wie bijvoorbeeld de erfgenamen zijn. In dat geval zou immers in strijd worden gehandeld met art. 4:115 BW en de daarin gelegen woorden 'daarbij aangewezen' die het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid tot

77. Zie over de voorwaardelijke makingen uitgebreider Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 290 e.v.; Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 266 e.v.; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 197 e.v. In het kader van voorwaardelijke makingen is met name ook van belang art. 4:56 BW (bestaanseis). Zie voorts art. 4:45 BW, art. 4:72 BW, art. 4:73 lid 1 sub a BW, art. 4:131 BW, art. 4:133 BW, art. 4:155 lid 3 BW, art. 4:179 lid 2 BW en art. 4:190 lid 3, tweede zin BW.

78. Zie evenwel ook mijn nuanceringen hierop in pagraaf 5.2.3 en 5.2.4.4.

uitdrukking brengen. Het is dus niet toegestaan om als volgt te beschikken: 'Mijn erfgenamen zijn X, Y en Z, *tenzij* mijn vriend A tot mijn erfgenamen aanwijst Q en U' of '*tenzij* mijn vriend anders bepaalt'. Een dergelijke voorwaarde komt zoals gezegd in strijd met de aard van de erfstelling, in het bijzonder met de woorden 'daarbij aangewezen' en het daarin gelegen vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid. Met een voorwaarde mag met andere woorden niet worden bewerkstelligd dat er op ontoelaatbare wijze wordt geknutseld aan de *inhoud* en daarmee aan de aard van een uiterste wilsbeschikking. Voor wat toelaatbaar en ontoelaatbaar is met betrekking tot *inhoudelijke* wilsdelegatie, verwijs ik naar het schema aan het slot van deel II van dit onderzoek.

Wat naar mijn mening eveneens in strijd zou kunnen komen met de aard van de erfstelling, is een erfstelling onder *zuiver opschortende potestatieve* voorwaarde die in feite inhoudt dat de erflater nog geen erfstelling heeft gewild. Bijvoorbeeld: 'ik benoem X tot mijn erfgenaam, indien mijn vriend A dit wil'. Dit botst overigens sowieso ook met het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid (art. 4:115 BW), X is immers niet *onmiddellijk* identificeerbaar, omdat er eerst nog een voorwaarde moet worden vervuld (namelijk de voorwaarde dat A de benoeming van X wil).

#### 6.5.2.3. Legaat onder voorwaarde: de aard van het legaat en wilsafhankelijke voorwaarden

Het legaat is eveneens een making en ook hiervoor geldt zodoende het bepaalde in afdeling 4.5.5 BW met betrekking tot voorwaardelijke makingen. De bepalingen van art. 4:137-140 BW zien evenwel, zoals ik zojuist opmerkte, met name op de erfstelling. Omdat de aard van het legaat het in het leven roepen van een verbintenis betreft (zie ook paragraaf 5.3.1), zijn op voorwaardelijke legaten de bepalingen omtrent voorwaardelijke verbintenissen in Boek 6 BW (afdeling 6.1.4 BW) van toepassing. En kan men zich voor wat de vraag naar de toelaatbaarheid van legaten waarvan de werking afhankelijk is gemaakt van andermans wil, wenden tot het leerstuk van de potestatieve voorwaarde (paragraaf 6.4). Dit leerstuk brengt mee dat de voorwaarde niet in strijd mag komen met het wezen van de verbintenis. Zoals ik in paragraaf 6.4.6 opmerkte, is dit niet het geval wanneer het legaat afhankelijk is gemaakt van:

1. Een zogenoemde ontbindende potestatieve voorwaarde.
2. De wil van iemand die niet bij het legaat verbonden is (zoals een derde).
3. Méér dan louter de wil van degene die verbonden is. Bijvoorbeeld van diens wil en de wil van anderen tezamen.
4. Het redelijk oordeel van degene die bij een legaat verbonden is.

Voorts dient met de voorwaarde niet te worden bewerkstelligd dat er op een ontoelaatbare wijze wordt geknutseld aan de inhoud van het legaat, bijvoorbeeld: 'X is legataris, *tenzij* Y iemand anders aanwijst'. In dit geval is er sprake van een ongeoorloofde voorwaarde, omdat er wordt gehandeld in strijd met het bepaaldheidsvereiste. Er is door erflater immers geen afgebakende groep van personen genoemd, waaruit Y iemand kan aanwijzen. Ik verwijs voor wat toelaatbaar en ontoelaatbaar is met betrekking tot inhoudelijke wilsdelegatie, wederom naar het schema aan het slot van deel II van dit onderzoek.

### 6.5.3. Tweetrapsmaking

#### 6.5.3.1. Inleidend

Een bijzondere en veelvoorkomende vorm van voorwaardelijke makingen, is de zogenoemde tweetrapsmaking (art. 4:141 BW).<sup>79</sup> De tweetrapsmaking kenmerkt zich door de volgende elementen:

1. Een uitdrukkelijke benoeming van een erfgenaam of legataris onder ontbindende voorwaarde. Ook wel de 'bezwaarde' genoemd.
2. Een uitdrukkelijke benoeming van een erfgenaam of legataris onder opschortende voorwaarde. Ook wel de 'verwachter' genoemd.
3. Een overlevingselement.

De tweetrapsmaking betreft anders gezegd een making onder een ontbindende voorwaarde en een daarbij aansluitende making onder opschortende voorwaarde, volgens welke het vermaakte of het onverteerde deel daarvan op het tijdstip van overlijden van de bezwaarde of op een eerder tijdstip zal ten deel vallen aan de verwachter, indien deze het aangewezen tijdstip overleeft (vgl. art. 4:141 BW).<sup>80</sup> De tweetrapsmaking verschilt van de andere voorwaardelijke makingen in drie opzichten:

1. Art. 4:140 BW geldt niet voor de tweetrapsmaking (art. 4:141 BW). Art. 4:140 BW bepaalt dat indien een voorwaarde binnen dertig jaren na het overlijden van de erflater nog niet is vervuld, de beschikking vervalt wanneer het een opschortende voorwaarde is en de voorwaarde vervalt wanneer het een ontbindende voorwaarde is.
2. Voor de tweetrapsmaking gelden de in art. 4:56 leden 2–4 BW genoemde uitzonderingen op de *bestaanseis*. Deze uitzonderingen maken het mogelijk om op het moment van erflaters overlijden nog *ongeboren bloedverwanten* als verwachter te roepen.<sup>81</sup> In dit kader wil ik ook wijzen op mijn opmerkingen in paragraaf 5.2.2.2 met betrekking tot de *bestaanseis* en daarbij aansluitende eis van onmiddellijke identificeerbaarheid. Mijns inziens brengen de uitzonderingen op de *bestaanseis* van art. 4:56 leden 2–4 BW met zich dat voor deze uitzonderingen ook de eis van onmiddellijke identificeerbaarheid uitzondering kan lijden.<sup>82</sup> Met betrekking tot de vraag of dit ook ruimte biedt voor inhoudelijke wilsdelegatie ten aanzien van deze uitzonderingen, kunnen twee opvattingen worden verdedigd. Ik verwijs voor deze opvattingen naar paragraaf 5.2.2.2. Art. 4:56 leden 2–4 BW hebben overigens enkel betrekking op één overgang ofwel op één 'trap'. Een erflater die een drietraps- of viertrapsmaking instelt, kan voor deze derde of vierde overgang dus niet terugvallen op de uitzonderingen van art. 4:56 leden 2–4 BW.<sup>83</sup>

79. Ook wel fidei-commissaire making of making over de hand genoemd.

80. Zie over de tweetrapsmaking/ het fidei-commis ook Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 266 e.v. en p. 281 e.v.; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 223 e.v.; Brinkman 2014.

81. Zie voor deze uitzonderingen Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 250 e.v.; Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II), nr. 297–298; Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 277 e.v.; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 224 e.v.

82. Zie ook Breemhaar 1992, nr. 127.

83. *Kamerstukken II* 1962/63, 3771, 6, p. 35 (MvA II), *Parl. Gesch. Vast.* p. 323.

3. Er geldt voor de tweetrapsmaking als bedoeld in art. 4:141 BW een speciale behandeling in de SW 1956 en Wet IB 2001. Ik verwijs hiervoor naar art. 21 lid 2 en 4 SW 1956 en art. 5.4 lid 7 Wet IB 2001.

Erflater kan met betrekking tot de tweetrapsmaking in zijn uiterste wil een bijzondere bevoegdheid aan de bezwaarde toekennen, namelijk de bevoegdheid om het aan hem vermaakte geheel of gedeeltelijk te vervreemden en te verteren (art. 4:138 lid 2 jo. 3:215 BW).<sup>84</sup> Hetgeen door de bezwaarde is vervreemd en/of verteerd komt bij de vervulling van de voorwaarde *niet* aan de verwachter toe.<sup>85</sup> De verwachter heeft alleen recht op het overschot.

#### 6.5.3.2. Vervreemdings- en verteringsbevoegdheid

Met de bevoegdheid om te vervreemden en verteren lijkt de bezwaarde de inhoud, meer in het bijzonder het *object*, van de verkrijging van de verwachter te kunnen bepalen en zo bezien lijkt het dan te gaan om wilsdelegatie ten aanzien van *de inhoud* van de uiterste wilsbeschikking (zie deel II van dit onderzoek). Maar niets is minder waar. De bezwaarde kan met de bevoegdheid om te vervreemden en te verteren weliswaar (indirect) invloed uitoefenen op *wat* de verwachter van het door erflater aan de bezwaarde vermaakte zal verkrijgen. Echter het voorwaardelijke karakter van de tweetrapsmaking maakt dat de bezwaarde met de bevoegdheid om te vervreemden en te verteren in feite slechts bepaalt in hoeverre de tweetrapsmaking *werkt*. Zij werkt niet ten aanzien van hetgeen door de bezwaarde wordt vervreemd en/of verteerd. De bevoegdheid tot vervreemding en vertering zou kunnen worden beschouwd als een *extra* ontbindende respectievelijk opschortende voorwaarde. Namelijk de voorwaarde dat er een overschot is op het tijdstip van het einde van het bezwaar.<sup>86</sup> Het toekennen van een vervreemdings- en verteringsbevoegdheid betreft dan ook wilsdelegatie ten aanzien van de *werking* van de tweetrapsmaking.<sup>87</sup> In het verlengde hiervan ligt de bevoegdheidsverlening door de erflater aan de bezwaarde om *bij uiterste wil* over de tot de tweetrapsmaking behorende goederen te beschikken. De Hoge Raad stond in zijn uitspraak van 16 januari 2004, NJ 2004/487,<sup>88</sup> het zogenoemde 'Boerenplaatsje-arrest', een dergelijke bevoegdheidsverlening toe en introduceerde hiermee de *voorwaardelijke* tweetrapsmaking: een making onder dubbele voorwaarde (ofwel de tweede trap zelf is ook voorwaardelijk).

84. Art. 4:138 BW ziet enkel op de *tweetrapsersfstelling*.

85. Art. 3:213 lid 1 BW bepaalt dat hetgeen in de plaats van aan vruchtgebruik onderworpen goederen treedt doordat daarover bevoegdelijk wordt beschikt, aan de hoofdgerechtigde toebehoort en eveneens is onderworpen aan het vruchtgebruik. Zie over zaaksvervanging en de tweetrapsmaking ook Spath 2010, p. 78-86.

86. Zo ook Stollenwerck 2007, p. 5.

87. De *omvang van de bevoegdheid* tot vervreemden en verteren is overigens door de erflater zelf bepaald. Erflater kan bij de verlening van de bevoegdheid tot vervreemding en vertering evenwel bepalen dat de bezwaarde voor het vervreemden of verteren *de toestemming* van een of meer door erflater aangewezen personen nodig heeft. Anders gezegd: erflater kan het *uitoefenen van de bevoegdheid* tot vervreemding en vertering afhankelijk maken van andermans wil (art. 3:215 lid 2 BW).

88. HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, NJ 2004/487 (*Boerenplaatsje*).

### 6.5.3.3. Boerenplaatsje-arrest

Ook aan voorwaardelijke makingen kunnen *voorwaarden* worden verbonden. In de vorige paragraaf (paragraaf 6.5.3.2) zagen we bijvoorbeeld dat de erflater bij een tweetrapsmaking (een voorwaardelijke making) aan de bezwaarde de bevoegdheid kan verlenen om het aan hem vermaakte geheel of gedeeltelijk te vervreemden en te verteren. Deze bevoegdheidsverlening berust op de wet (art. 4:138 lid 2 jo. 3:215 BW) en maakt onderdeel uit van de voorwaardelijke making. Het betreft immers een extra ontbindende respectievelijk opschortende voorwaarde, te weten de voorwaarde dat er een overschot is op het tijdstip van het einde van het bezwaar. Ik merkte reeds op dat in het verlengde hiervan ligt: de door de Hoge Raad toelaatbare bevoegdheidsverlening aan de bezwaarde om *bij uiterste wil* over het bezwaarde vermogen te beschikken:

'Geen regel van erfrecht zoals dat gold tot de inwerkingtreding per 1 januari 2003 van de wet van 16 augustus 2002, Stb. 430 – dat ingevolge art. 68a in verbinding met 69 Overgangswet Nieuw BW de onderhavige vraag beheerst – verzet zich tegen een testamentaire making als bedoeld in art. 4:928 (oud) BW waarbij de erflater de bezwaarde niet slechts de vrijheid laat het hem gemaakte te vervreemden of te verteren, doch hem *eveneens* de bevoegdheid verleent daarover bij testament te beschikken. [...] Er is geen grond om aan te nemen dat het in strijd is met het tot 1 januari 2003 geldende wettelijk stelsel de erflater de vrijheid te laten om in een geval van een fidei-commis de residuo aan de bezwaarde de bevoegdheid toe te kennen om over het gemaakte bij testament te beschikken. In dat geval is sprake van een fidei-commissaire making onder de voorwaarde dat zij slechts van kracht is, indien en voor zover de bezwaarde niet bij uiterste wil over de fidei-commissair vermaakte zaken mocht blijken te hebben beschikt. *Is zulks wel het geval, dan vallen de bedoelde zaken niet langer onder het fidei-commissair verband* (curs. NB).<sup>89</sup>

De verwachter wordt anders gezegd onder een dubbele (opschortende) voorwaarde geroepen: de voorwaarde dat de verwachter de bezwaarde overleeft én de voorwaarde dat de bezwaarde noch tijdens leven het hem vermaakte heeft vervreemd of verteerd noch *bij uiterste wil* erover heeft beschikt (zie ook paragraaf 2.2.3). Dit geldt getuige r.o. 3.6 evenwel niet alleen voor de bijzondere tweetrapsmaking als bedoeld in art. 4:141 BW:

'3.6 Opmerking verdient nog dat in het erfrecht zoals het sedert 1 januari 2003 van kracht is, het fidei-commis de residuo *niet meer als afzonderlijke rechtsfiguur is geregeld, doch beheerst wordt door hetgeen de wet omtrent voorwaardelijke makingen behelst*, met dien verstande dat ingevolge art. 4:141 BW de in art. 4:140 neergelegde beperking in de tijd van de werking van aan erfstellingen verbonden voorwaarden niet geldt voor makingen als hier bedoeld. Het effect van een fidei-commis de residuo onder het oude recht kan thans worden bewerkstelligd door een making aan de bezwaarde onder de ontbindende voorwaarde dat de verwachter de bezwaarde zal overleven, met een daarop aansluitende making aan de verwachter onder dezelfde voorwaarde, doch in opschortende vorm. Zoals ook blijkt uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 13 aangehaalde passage uit de totstandkomingsgeschiedenis van de nieuwe wetgeving, staat het de erflater vrij de aan een dergelijke making verbonden voorwaarden aldus te formuleren dat de te vermaken zaak of zaken slechts dan aan de verwachter zal (zullen) toevallen indien deze de bezwaarde overleeft en laatstgenoemde niet bij uiterste wil over die zaak (zaken) heeft beschikt'.<sup>90</sup>

89. HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, *NJ* 2004/487 (*Boerenplaatsje*), r.o. 3.5. Over dit arrest ook: Luijten & Meijer 2004; Mellema-Kranenburg 2004b; Blokland & Stollenwerck 2004.

90. HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, *NJ* 2004/487 (*Boerenplaatsje*), r.o. 3.6.

Het staat erflater naar huidig recht vrij om aan voorwaardelijke makingen, voorwaarden te verbinden mét wilsafhankelijke elementen, zoals de voorwaarde dat 'de te vermaken zaak of zaken slechts dan aan de verwachter zal (zullen) toevallen indien deze de bezwaarde overleeft en laatstgenoemde niet bij uiterste wil over die zaak (zaken) heeft beschikt.'

In het Boerenplaatsje-arrest betrof het overigens een tweetrapsersfstelling waarbij de erflater in zijn uiterste wil aan de bezwaarde de bevoegdheid heeft verleend om bij uiterste wil over een *bepaald goed*, te weten het Boerenplaatsje, te beschikken. Gelet op de hierna aangehaalde en recursiverende woorden van de Hoge Raad, kan de erflater deze bevoegdheid eveneens aan de bezwaarde verlenen met betrekking tot *alle* tot de tweetrapsersfstelling behorende goederen:

'Geen regel van erfrecht [...] verzet zich tegen een testamentaire making [...] waarbij de erflater de bezwaarde niet slechts de vrijheid laat *het hem gemaakte* te vervreemden of te verteren, doch hem eveneens de bevoegdheid verleent *daarover* bij testament te beschikken (curs. NB).'<sup>91</sup>

De Hoge Raad bevestigt in het Boerenplaatsje-arrest dat het mogelijk is om, met behulp van wilsafhankelijke voorwaarden, *de werking* van een voorwaardelijke making (eveneens) *voorwaardelijk* te maken. Doordat aan de bezwaarde de bevoegdheid wordt verleend om bij uiterste wil over het aan hem vermaakte te beschikken, heeft de bezwaarde het zelf in de hand om zijn verkrijging *onvoorwaardelijk* te maken. De goederen waarover de bezwaarde bij uiterste wil beschikt, vallen immers niet meer onder de tweetrapsmaking. Ten aanzien van deze goederen vervalt de 'tweede trap'. Hiermee kan de bezwaarde *indirect* bepalen wat al dan niet tot het overschot behoort en bijgevolg, door ervoor te zorgen dat er géén overschot is, eventuele verwachters uitschakelen.

De testeervrijheid laat in dit arrest (eveneens)<sup>92</sup> haar gewicht krachtig zien. Erflater is vrij om, binnen de grenzen van wet en fatsoen, de inhoud, *werking* en *voorwaarden* van zijn uiterste wilsbeschikkingen *naar eigen inzicht* te bepalen (zie hoofdstuk 1 en de daarin genoemde 'testeervrijheid in materiële zin'). Hij kan zodoende de voorwaarde, dat de verwachters enkel het bezwaarde vermogen verkrijgen indien zij het tijdstip waarop het bezwaar eindigt overleven, *verzwaren* met een extra voorwaarde. Te weten: de voorwaarde dat, op het tijdstip waarop het bezwaar eindigt, door de bezwaarde over het aan hem vermaakte vermogen *niet* bij uiterste wil is beschikt.<sup>93</sup> Met behulp

91. HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, NJ 2004/487 (*Boerenplaatsje*), r.o. 3.5. Zie in dit verband ook de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense onder punt 12, waarin zij opmerkt dat: 'Aan het wezenskenmerk van het fidei-commis de residuo wordt door het verlenen van testeerbevoegdheid naar mijn oordeel geen afbreuk gedaan, met name niet in geval de testeerbevoegdheid – zoals in casu – *slechts met betrekking tot een deel van de fidei-commissaire goederen* wordt verleend zodat kan worden gesproken van een fidei-commis de residuo waarbij geldt dat *bepaalde goederen* slechts onder het fidei-commissaire verband en daarmee onder het residu vallen onder de opschortende voorwaarde dat daarover niet bij testament is beschikt (curs. NB).'

92. Vgl. ook HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, BNB 1996/112 en HR 5 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5838, BNB 1998/8, die ik in paragraaf 6.3.3 noemde.

93. In het Boerenplaatsje-arrest was deze voorwaarde overigens niet zo duidelijk als voorwaarde geformuleerd. Erflater had de voorwaarde als volgt geredigeerd: 'Hij zal echter wel bij testament over het na te melden onroerend goed mogen beschikken.' Zie ook paragraaf 2.2.3.



van een dergelijke voorwaarde maakt erflater *de werking* van de tweetrapsmaking afhankelijk van het al dan niet beschikken door de bezwaarde bij uiterste wil. De tweetrapsmaking is anders gezegd indirect afhankelijk van de wil van de bezwaarde.<sup>94</sup> Geen regel van erfrecht verzet zich tegen een dergelijke voorwaardelijke making, waarbij de erflater de bezwaarde niet slechts de vrijheid laat om tijdens leven het aan hem gemaakte te vervreemden of te verteren, maar hem eveneens de bevoegdheid verleent om daarover bij dode te beschikken. Deze bevoegdheidsverlening door de erflater aan de bezwaarde is geoorloofd, aldus de Hoge Raad in HR 16 januari 2004, *NJ* 2004/487. De bezwaarde kan anders gezegd zelf (ofwel 'potestatief') bepalen of en in hoeverre de voorwaarde zal *werken*.

Uit het Boerenplaatsje-arrest kan worden geconcludeerd dat het is toegestaan om de *werking* van makingen afhankelijk te maken van wilsafhankelijke voorwaarden. Enkel indien de voorwaarde in strijd komt met het wezen van de beschikking, bijvoorbeeld omdat er op ontoelaatbare wijze wordt geknutseld aan de inhoud van de beschikking (zie paragraaf 6.5.2 en het schema aan het slot van deel II van dit onderzoek), is er mijns inziens sprake van een ongeoorloofde wilsafhankelijke voorwaarde die ongeoorloofde wilsdelegatie teweegbrengt.

Overigens verschilt de mogelijkheid om de werking van een tweetrapsmaking afhankelijk te maken van het al dan niet beschikken bij uiterste wil *door de bezwaarde*, mijns inziens wezenlijk niet van een tweetrapsmaking die afhankelijk is gemaakt van de toekomstige onzekere gebeurtenis dat bijvoorbeeld *een derde* met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid<sup>95</sup> bij notariële akte te kennen geeft dat het bezwaar voor bepaalde goederen niet geldt. Wat maakt een dergelijke voorwaarde, waardoor de werking van de tweetrapsmaking afhankelijk is *van de wil van een derde*, immers anders dan een voorwaarde waardoor de werking van de tweetrapsmaking afhankelijk is van de wil van de *bezwaarde* (vgl. het Boerenplaatsje-arrest)? Of anders dan bijvoorbeeld een (gewone) voorwaarde als 'tenzij een derde – zoals mijn broer Y – binnen acht maanden na mijn overlijden een reis naar Canada maakt'? Speelt hier misschien het 'willekeurcriterium', dat ik eerder noemde in de inleiding en verantwoording van dit onderzoek en dat verbiedt dat erflater zijn beschikkingen afhankelijk maakt van de willekeur van een ander, een rol? Ik kom op deze vraag terug in paragraaf 6.6.<sup>96</sup> Vooreerst ga ik nog nader in op 'voorwaarden in het erfrecht', in het

94. Deze wil dient kenbaar te worden gemaakt op een door erflater voorgeschreven wijze; namelijk door het, binnen de grenzen van de door erflater verleende bevoegdheid, maken van een *eigen uiterste wilsbeschikking* door de bezwaarde. Er is hier dus sprake van een *onzekere toekomstige gebeurtenis*. Op het moment van erflaters overlijden is het immers onzeker of de bezwaarde al dan niet bij uiterste wil over het aan hem vermaakte zal beschikken. Zie ook paragraaf 6.3.2.

95. Vgl. paragraaf 4.3.5 'Objectivering door redelijkheid en billijkheid voorkomt willekeur'. Vgl. voorts Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 221, p. 190: 'Het handelen van de gedelegeerde – [...] – moet men toetsen aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid.'

96. De voorwaarde waardoor de werking van een voorwaardelijke making afhankelijk is van de wil van de *bezwaarde* lijkt overigens de (in het verbintenissenrecht omstreden) – zuiver – potestatieve voorwaarde (paragraaf 6.4) dichter te benaderen dan bijvoorbeeld de voorwaarde dat een *derde* het bezwaar voor bepaalde goederen niet wil.

bijzonder op de uiterste wilsbeschikking onder testamentaire last en op de voorwaardelijke testamentaire last. De testamentaire last duid ik hierna korthedshalve aan als 'last'.

#### 6.5.4. *Uiterste wilsbeschikking onder last*

Een uiterste wilsbeschikking onder last is in wezen niets anders dan een uiterste wilsbeschikking onder ontbindende voorwaarde. Dit wordt in art. 4:131 lid 1 BW tot uitdrukking gebracht. Art. 4:131 lid 1 BW bepaalt dat een erfgenaam of legataris op wie een last rust, zijn recht verkrijgt onder de ontbindende voorwaarde dat het wegens niet-uitvoering van de last vervallen wordt verklaard door de rechter. Door het verbinden van een last aan een uiterste wilsbeschikking maakt de erflater anders gezegd de *werking* van de betreffende uiterste wilsbeschikking voor de erfgenamen of legatarissen op wie de last rust, afhankelijk van het wel of niet uitvoeren van de last en daarmee dus indirect van hun wil. Voeren zij de last uit, dan behouden zij hun recht op het erfgenaamschap resp. het legaat. Voeren zij de last evenwel niet uit, dan kan hun recht door de rechter vervallen worden verklaard. De last is dus een ontbindende voorwaarde, zij het voor de erfgenaam of legataris die een recht onder een last heeft verkregen en dus niet voor degene die op grond van een last bevoordeeld kan worden.<sup>97</sup>

Voor de aard van de last verwijs ik naar paragraaf 5.4. Hierin komt naar voren dat ten aanzien van het bepalen van de *inhoud* van de last een heel soepel bepaaldheidsvereiste geldt, dat ruimte biedt voor subjectieve elementen van anderen en daarmee dus voor wilsdelegatie. Enkel het noemen van het doel van de verplichting volstaat. Kunnen aan de last ook (net zoals aan makingen) *voorwaarden* worden gekoppeld, waarmee de *werking* van de last afhankelijk wordt gemaakt van andermans wil?

#### 6.5.5. *Voorwaardelijke last*

Afdeling 4.5.5 BW heeft betrekking op *makingen* onder tijdsbepaling en voorwaarde. De last is evenwel geen making en de regeling van afdeling 4.5.5 BW ziet dan ook niet op de last. Dit betekent echter niet dat aan de last geen voorwaarden kunnen worden verbonden. Zoals in paragraaf 5.4 naar voren kwam is de last immers een *uiterste wilsbeschikking*. Op grond van de testeervrijheid kan erflater aan een uiterste wilsbeschikking voorwaarden verbinden. Dit is slechts anders indien de aard van de uiterste wilsbeschikking zich tegen een voorwaardelijk karakter verzet (art. 3:38 BW), dan wel indien zij in strijd is met de goede zeden, openbare orde of met een dwingende wetsbepaling, dan wel de strekking heeft om de bevoegdheid tot ver-

97. Zie ook *Rapport Commissie Erfrecht 2012*, p. 25-26 ten aanzien waarvan wordt opgemerkt dat: 'De commissie vraagt zich af waarom uitsluitend aan erfgenamen en legatarissen een last kan worden opgelegd, en dus niet, bij wijze van 'sublast', aan lastbevoordeelden zelf. De commissie vraagt zich af of aan een sublast behoefte bestaat. Zo dat het geval, zal dit artikel moeten worden aangepast.'

vreemding of bezwaring van goederen uit te sluiten (art. 4:45 BW).<sup>98</sup> Aan de last kunnen zodoende, binnen de grenzen van de testeervrijheid, voorwaarden worden verbonden waardoor de last een voorwaardelijk karakter kan krijgen (zie ook art. 4:133 BW). De werking van de last (in feite een ontbindende voorwaarde) kan dus (eveneens) afhankelijk worden gemaakt van een toekomstige onzekere gebeurtenis, zoals bijvoorbeeld de wilsuiging van de langstlevende: 'Ik leg aan erfgenaam X de verplichting op om mijn echtgenote te verzorgen, *tenzij* mijn echtgenote te kennen geeft hier geen prijs op te stellen'.<sup>99</sup> Ten aanzien hiervan kan evenwel ook verdedigd worden dat er in wezen geen sprake is van een voorwaardelijke last en dat de zojuist genoemde 'tenzij-clausule' gewoonweg onderdeel uitmaakt van de inhoud van de last (de ontbindende voorwaarde). En ten aanzien van de *inhoud* van de last, kan zoals reeds in paragraaf 5.4 naar voren kwam, ruimhartig worden gedelegeerd.

### 6.5.6. Tussenconclusie

De tussenconclusie kan kort zijn. In bovenstaande subparagrafen komt naar voren dat in beginsel iedere rechtshandeling onder een voorwaarde kan worden verricht (art. 3:38 BW). Dus ook de uiterste wilsbeschikking. Voor makingen bevestigt de wet dit uitdrukkelijk in afdeling 4.5.5 BW. Binnen de grenzen van wet en fatsoen (vgl. art. 4:45 BW), in beginsel met inachtneming van de dertigjaarstermijn (art. 4:140 BW jo. art. 4:141 BW) en met inachtneming van het karakter van de uiterste wilsbeschikking (art. 3:38 BW), is het dan ook mogelijk om de werking van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van een toekomstige onzekere gebeurtenis. De inhoud van deze toekomstige onzekere gebeurtenis, ofwel van de voorwaarde, kan op grond van de testeervrijheid door erflater *naar eigen inzicht* worden bepaald en kan zodoende ook inhouden het door anderen (dan erflater) uitspreken van hun wensen. Bijvoorbeeld: 'tenzij mijn erfgenamen in onderling overleg binnen zes maanden na mijn overlijden bij notariële akte te kennen hebben gegeven een andere verdeling te wensen' of 'tenzij de bezwaarde bij uiterste wil over het bezwaarde vermogen heeft beschikt'. Dat erflater de werking van zijn uiterste wilsbeschikkingen afhankelijk kan maken van de wilsverklaring van anderen, blijkt onder andere ook uit HR 17 januari 1996, *BNB* 1996/112 en HR 5 november 1997, *BNB* 1998/8 met betrekking tot de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling, evenals uit HR 16 januari 2004, *NJ* 2004/487 (*Boerenplaatsje*) met betrekking tot de voorwaardelijke tweetrapsmaking.<sup>100</sup> Een voorwaarde wordt evenwel ongeoorloofd wanneer zij in strijd komt met het wezen van de uiterste wilsbeschikking. Speelt ten aanzien hiervan ook het eerder genoemde willekeurcriterium een rol? Ik bekijk dit in de volgende paragraaf.

98. Zie ook paragraaf 6.3.2.

99. Zie over de voorwaardelijke last ook Verstappen, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 274 e.v. Brinkman 2011 acht overigens ook een fideicommissaire last mogelijk.

100. HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, *BNB* 1996/112; HR 5 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5838, *BNB* 1998/8; HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, *NJ* 2004/487 (*Boerenplaatsje*).

## 6.6. Willekeur

### 6.6.1. Inleidend

Het in de vorige paragraaf genoemde ‘willekeurcriterium’ wordt in de literatuur genoemd als de grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde delegatie.<sup>101</sup> Een erflater mag zijn beschikking niet afhankelijk stellen van andermans willekeur. Maar wat is willekeur?

De *Dikke van Dale* omschrijft willekeur als:

- ‘1. Vrije verkiezing, syn. welbehagen: naar willekeur; dat staat aan uw willekeur;
2. (ongunstig) het handelen naar, zich laten leiden door de wens, de inval, de gril van het ogenblik, m.n. daarbij ingaande tegen recht en regel: een daad van willekeur; een regering van geweld en willekeur; dat is pure willekeur; – (ook passief) grillige, onrechtmatige behandeling.’<sup>102</sup>

Wat moeten we hier erfrechtelijk mee? Is een uiterste wilsbeschikking, bijvoorbeeld, afhankelijk van andermans willekeur, indien erflater in zijn uiterste wil de bevoegdheid aan een ander geeft om naar vrije verkiezing of naar de gril van het ogenblik de erfgenamen of legatarissen uit te kiezen? En in hoeverre kan er nog sprake zijn van een vrije verkiezing, indien wordt beseft dat het *bepaaldheidsvereiste* (hoofdstuk 4) steeds van iedere rechtshandeling, dus ook van iedere uiterste wilsbeschikking, een zekere bepaaldheid vereist.<sup>103</sup> Is er, bijvoorbeeld, nog sprake van willekeur indien erflater aan een vertrouwenspersoon de bevoegdheid geeft om uit een door de erflater *afgebakende groep* van personen de erfgenamen of legatarissen aan te wijzen? En wat als deze afgebakende groep toch vrij groot is? Bijvoorbeeld indien ik mijn juridische boeken legateer aan een lid van de KNB, aan te wijzen door mijn broer X. De groep is door mij afgebakend. Enkel de leden van de KNB komen immers voor het legaat in aanmerking. Kan mijn broer X binnen deze afgebakende groep niet toch beslissen met een zekere willekeur?

Het is niet eenvoudig om aan te geven wanneer een erflater zijn uiterste wilsbeschikking afhankelijk stelt van andermans willekeur. Volgens Van Mourik is dit het geval indien de uiterste wilsbeschikking van erflater *voldoende bepaaldheid* mist.<sup>104</sup> In dezelfde zin ook F. Schols die opmerkt dat het begrip willekeur ingevuld lijkt te moeten worden met ‘*onvoldoende- bepaalbaar*’.<sup>105</sup> Deze uitleg van willekeur dient mijns inziens te worden genuanceerd.

101. F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 117. Zie ook Rookmaker 2003a, p. 18; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 221; B. Schols 2007a, p. 433; Van Mourik 2008, nr. 46; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 148. Zie voorts Van Mourik 2013, nr. 46, waarin hij aangeeft dat het criterium ‘willekeur’ in de literatuur met weinig sympathie wordt omringd.

102. *Dikke van Dale* 2005 onder ‘willekeur’.

103. Zie hoofdstuk 4.

104. Van Mourik 2008, nr. 46 en Van Mourik 2013, nr. 46.

105. F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 117.

## 6.6.2. *Willekeur op twee manieren*

### 6.6.2.1. Inleidend

Volgens de minister mag de erflater zijn uiterste wilsbeschikking niet afhankelijk stellen van andermans willekeur.<sup>106</sup> Het afhankelijk stellen van een uiterste wilsbeschikking van andermans willekeur kan op twee manieren plaatshebben:

1. Ten aanzien van de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking (zie deel II van dit onderzoek). Een uiterste wilsbeschikking kan in voldoende mate door erflater zijn bepaald en zodoende voldoen aan het bepaaldheidsvereiste, zij is bijvoorbeeld *bepaalbaar*, terwijl er toch sprake kan zijn van willekeurig handelen door een derde met betrekking tot het nader bepalen van de inhoud.
2. Ten aanzien van de *werking* van de uiterste wilsbeschikking. Een uiterste wilsbeschikking kan zelfs geheel door erflater zijn bepaald en dus voldoen aan het bepaaldheidsvereiste, maar haar werking kan dan toch afhankelijk worden gemaakt van andermans wil (zie de paragrafen 6.3 en 6.5). Dit mag, gelet op de woorden van de minister, niet leiden tot willekeur.

Hierna licht ik deze beide wijze waarop willekeur een rol zou kunnen spelen nader toe.

### 6.6.2.2. Ten aanzien van de inhoud

Ten aanzien van de vraag in hoeverre het mogelijk is om een ander iets te laten bepalen ten aanzien van de *inhoud* van een uiterste wilsbeschikking, is zoals in hoofdstuk 4 en 5 van dit onderzoek naar voren kwam mijns inziens het bepaaldheidsvereiste richtinggevend. Het bepaaldheidsvereiste verlangt steeds dat een door erflater gemaakte uiterste wilsbeschikking in voldoende mate is bepaald.

Ik noem als voorbeeld van een uiterste wilsbeschikking die in voldoende mate door erflater is bepaald: het legaat met keuzemogelijkheid ten aanzien van de legataris.<sup>107</sup> De erflater bakent een groep van potentiële legatarissen af en laat het aan een derde (X) over om te bepalen wie als legataris optreedt. Indien deze groep van potentiële legatarissen bijvoorbeeld is afgebakend door de woorden 'een lid van de KNB' of 'een van mijn kinderen' zou er toch sprake kunnen zijn van willekeurig handelen door X. De kans dat X willekeurig handelt, neemt evenwel af indien erflater nog andere objectieve richtlijnen geeft, zoals 'met zeven jaar werkervaring in het notariaat en gespecialiseerd

106. *Kamerstukken II 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), Parl. Gesch. Inv. p. 1771.*

107. Zie paragraaf 5.3.2.4 en *Kamerstukken II 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), Parl. Gesch. Inv. p. 1771*, waarin de minister het legaat met keuzemogelijkheid ten aanzien van de legataris uitdrukkelijk erkent.

in het erfrecht' resp. 'die zijn of haar masterdiploma in de Rechtsgeleerdheid binnen vijf jaren na mijn overlijden behaalt'.<sup>108</sup>

In paragraaf 4.3.3.2 gaf ik reeds een ander, mijns inziens sprekend, voorbeeld van een rechtshandeling die *voldoende bepaalbaar* is en waarin toch sprake kan zijn van willekeurige handelen door een derde. Dit voorbeeld speelde zich af in de overeenkomstrechtelijke sfeer. Het betrof de uitspraak van Hof Arnhem 10 januari 1934, *NJ* 1934/p. 1205. In deze uitspraak had het college van commissarissen de bevoegdheid om aan aandeelhouders die in strijd handelde met een bepaling uit de statuten<sup>109</sup> een *door het college van commissarissen te bepalen* boete op te leggen. Wegens strijd met de bepaling uit de statuten legde het college van commissarissen aan de betreffende aandeelhouder een boete op van f. 10.000. Het Hof oordeelde dat aan de eis van bepaaldheid wordt voldaan, indien in de overeenkomst zijn vastgelegd de aard van de verbintenis en de wijze waarop te zijner tijd haar omvang zal zijn vast te stellen. In de statuten was voorgescreven dat de omvang van de boete wordt bepaald door het college van commissarissen, zodat aan de eis van bepaaldheid genoegzaam is voldaan. Toch kon er willekeurig door het college van commissarissen worden gehandeld, omdat er aan de boete geen grens was gesteld. Deze grens werd evenwel gegeven door de bepaling van art. 1374 oud BW, dat verlangde dat elke overeenkomst *te goeder trouw* ten uitvoer wordt gelegd. Er mocht door het college van commissarissen met andere woorden als boete slechts in rekening worden gebracht een *redelijke prijs*. Het Hof bracht de boete van f. 10.000 dan ook terug naar f. 200. Dit voorbeeld laat zien dat de redelijkheid en billijkheid willekeurig handelen kan corrigeren.

Kort samengevat kan worden gesteld dat het bepaaldheidsvereiste *niet* kan voorkomen dat er van willekeurig handelen door de persoon die de uiterste wilsbeschikking nader mag invullen, geen sprake kan zijn. Ook indien voldaan wordt aan het bepaaldheidsvereiste kan willekeur de kop opsteken. Dit blijkt te meer uit de hierna volgende paragraaf 6.6.2.3, waarin erflater de inhoud van de uiterste wilsbeschikking zelfs in volledigheid heeft bepaald.

Hoe meer objectieve richtlijnen erflater evenwel aan de gedelegeerde meegeeft, hoe minder ruimte er zal zijn voor willekeurig handelen door de gedelegeerde.<sup>110</sup> Voorts

108. Vergelijk ook paragraaf 3.3.5.1. Het *Reichsgericht* geeft twee criteria waarmee willekeur kan worden voorkomen:

1. Het bepaaldheidsvereiste. Erflater zal een afgebakende groep van potentiële erfgenamen moeten aanwijzen, waaruit de derde zijn keuze kan maken;
2. Het meegeven van *sachlichen Auswahlgesichtspunkte*, waaronder, in strijd met de letterlijke bewoording van § 2065 II BGB, ook een *reines Werturteil* kan vallen.

109. Hof Arnhem 10 januari 1934, *NJ* 1934/p. 1205, betreft een bepaling uit statuten van een N.V die ziet op interne rechtsverhoudingen. Zoals Waaijer 1993, par. 1.1.2 opmerkt, vormen statuten een conglomeraat van *eigensoortige grondregels*, waaronder regels welke de onderlinge betrekkingen bepalen tussen de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie zijn betrokken. Voor wat deze regels betreft, dient te worden beseft dat Hof Arnhem 10 januari 1934, *NJ* 1934/p. 1205 ten aanzien hiervan nog aansloot bij de *overeenkomst*-theorie. Inmiddels is deze theorie evenwel verlaten en heeft zij plaats gemaakt voor de idee dat de rechtsbetrekkingen tussen de persoon en degenen die bij zijn organisatie betrokken zijn moet worden gezien als rechtsbetrekkingen van eigen aard, sui generis (de institutionele leer). Hetgeen ik over Hof Arnhem 10 januari 1934, *NJ* 1934/p. 1205 opmerk, dient evenwel telkens gelezen te worden in de geest van 1934. Dat wil zeggen vanuit de *overeenkomst*-gedachte.

110. Vgl. hetgeen ik opmerkte in noot 108 van dit hoofdstuk.

laat het voorbeeld van Hof Arnhem 10 januari 1934, *NJ* 1934/p. 1205 zien dat de redelijkheid en billijkheid bij kan springen en willekeurig handelen waar nodig kan corrigeren (zie ook paragraaf 4.3.5 'Objectivering door redelijkheid en billijkheid voorkomt willekeur').<sup>111</sup>

#### 6.6.2.3. Ten aanzien van de werking

Erflater kan zijn uiterste wilsbeschikking volledig zelf bepalen, maar de werking hiervan aan een ander overlaten (zie paragraaf 6.3). Bijvoorbeeld:

'Ik legateer aan mijn vriend X mijn auto, tenzij mijn echtgenoot dit niet wil'.

De *inhoud* van deze uiterste wilsbeschikking is duidelijk en mist geen voldoende bepaaldheid. We weten immers wie als legataris optreedt (mijn vriend X) en wat het legaat is (mijn auto). De inhoud van deze uiterste wilsbeschikking is anders gezegd door erflater volledig bepaald. Niettemin is haar werking door de toevoeging 'tenzij mijn echtgenoot dit niet wil' afhankelijk van de wil van mijn echtgenoot. De vraag kan worden gesteld of zij nu ook afhankelijk is van diens willekeur. Alvorens ik inga op de vraag hoe willekeur een rol speelt ten aanzien van de *werking* van een uiterste wilsbeschikking, geef ik een korte tussenconclusie.

#### 6.6.2.4. Tussenconclusie

Hetgeen ik in de paragrafen 6.6.2.2 en 6.6.2.3 heb opgemerkt, laat zien dat willekeur niet ingevuld moet worden met onvoldoende-bepaalbaar.<sup>112</sup> Ook bij een in voldoende mate bepaalde uiterste wilsbeschikking kan er door een derde naar eigen willekeur gehandeld worden, bijvoorbeeld met betrekking tot de werking van de uiterste wilsbeschikking. Wat houdt willekeur dan in? In onderstaande paragraaf ga ik hierop in.

#### 6.6.3. Willekeur en de redelijkheid en billijkheid

In paragraaf 4.3.5 merkte ik reeds op dat de redelijkheid en billijkheid voor de nodige objectivering zorgt. De redelijkheid en billijkheid corrigeert daarmee *willekeurig* handelen.<sup>113</sup> De rol van de redelijkheid en billijkheid als corrigerende factor van willekeur werd overigens ook al zichtbaar in paragraaf 6.4, waarin ik opmerkte dat het 'redelijk oordeel' voorkomt dat er in strijd wordt gehandeld met het wezen van een verbintenis.

In het kader van de mogelijkheden van wilsdelegatie in het erfrecht en de vraag naar wat willekeur is, wil ik dan ook stellen dat van willekeur sprake is indien er door

111. Zie ook Kleijn 1969, p. 294: 'Juist de goede trouw beperkt de willekeur van de aanwijzer...'

112. Vgl. Van Mourik 2008, nr. 46 en Van Mourik 2013, nr. 46; F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 117.

113. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 175 waarin is opgemerkt dat een verbintenis niet afhangt van de *willekeur* van de schuldenaar indien deze heeft gehandeld met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid. Vgl. eveneens Kleijn 1969, p. 294: 'Juist de goede trouw beperkt de willekeur van de aanwijzer...'

de gedelegeerde onredelijk en onbillijk wordt gehandeld. Willekeur is anders gezegd: de gepasseerde grens der redelijkheid.<sup>114</sup>

Omdat de redelijkheid en billijkheid in het gehele vermogensrecht een pregnante plaats inneemt,<sup>115</sup> hoeft zij mijns inziens niet al te gauw te worden gevreesd. Het verlenen van de delegatiebevoegdheid bij uiterste wil door de erflater kan bijvoorbeeld worden opgevat als het verlenen van een opdracht aan de gedelegeerde. De gedelegeerde dient bij het uitoefenen van de aan hem verleende bevoegdheid mijns inziens telkens de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen<sup>116</sup> (vgl. art. 7:401 BW), hetgeen tevens een handelen met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid impliceert.<sup>117</sup>

#### 6.6.4. *Tussenconclusie: Het 'willekeurcriterium' op losse schroeven*

Een handelen met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid voorkomt willekeur (paragraaf 6.6.3). Met dit besef en het besef dat de redelijkheid en billijkheid in het gehele vermogensrecht een rol speelt, kan de vraag worden gesteld welk gewicht er nog moet worden gehecht aan het door de minister gelanceerde 'willekeurverbod' voor uiterste wilsbeschikkingen.<sup>118</sup> Indien de gedelegeerde zijn wil vormt met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, hetgeen de gedelegeerde overigens mijns inziens op grond van de aan hem verleende bevoegdheid steeds zal moeten doen, zal immers nooit van willekeurig handelen door de gedelegeerde sprake kunnen zijn.

In dit kader wil ik nog wijzen op het antwoord dat Van der Ploeg gaf op zijn vraag of de erflater een derde kan laten beslissen of een testamentaire beschikking al dan niet zal gelden:

'Reeds in het Romeinse recht werd deze vraag gesteld omtrent het door een derde laten beslissen van het al of niet gelden van een erfstelling of legaat. Ongeldig nu zal het zijn de beslissing over te laten aan het willekeurig oordeel van den derde, de erflater moet zijn uitersten wil zelf bepalen. Heeft echter de erflater verklaard, dat de derde moet beslissen met inachtneming van de door den erflater aangegeven richtlijnen of aanwijzingen, zoo staat geen wetsbepaling of rechtsbeginsel aan de geldigheid van de testamentaire bepaling in den weg. De derde is in zijn oordeel gebonden, zijn wil is door den erflater gedetermineerd, hij moet oordelen als een goed man naar redelijkheid en billijkheid (curs. NB).'<sup>119</sup>

114. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-1), nr. 175: 'Deze bedingen werden in die zin uitgelegd dat de schuldeiser zich slechts bij het oordeel van de schuldenaar moet neerleggen, indien dit met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid is gevormd, met andere woorden *de grenzen van de redelijkheid niet overschrijdt*; de verbintenis hangt aldus niet af van de willekeur van de schuldenaar (curs. NB).'

115. Wolters 2013, par. 1.2. De redelijkheid en billijkheid heeft betrekking op alle vermogensrechtelijke verhoudingen en kan, voorzover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet, ook buiten het vermogensrecht een rol spelen.

116. Zie ook HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD5985, *Ars Aequi* januari 2009, p. 44 e.v.

117. Zie in dit kader ook Nuytinck 2009, p. 48 die met betrekking tot de zorg van een goed executeur erop wijst dat diens aansprakelijkheid wegens het tekortschieten in de van hem te vergen zorg, een wettelijke en geen (quasi-) contractuele aansprakelijkheid (art. 7:401 BW) is.

118. Vgl. *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771.

119. Van der Ploeg 1945, p. 106.



Van willekeur kan anders gezegd enkel sprake zijn indien de gedelegeerde *niet* als 'redelijk denkend mens' handelt, ofwel indien hij de grenzen der redelijkheid passeert. Deze grenzen kunnen overigens, zoals ook in het citaat van Van der Ploeg naar voren komt, worden verscherpt wanneer de erflater richtlijnen en aanwijzingen meegeeft.<sup>120</sup>

Aan de door de minister gesproken woorden dat het erflater niet is toegestaan zijn beschikking afhankelijk te stellen van de willekeur van een ander, wil ik dan ook een positieve draai geven:

*Het is de erflater in beginsel toegestaan zijn beschikking afhankelijk te stellen van andermans redelijk oordeel.*<sup>121</sup>

Wilsdelegatie ten aanzien van de werking van een uiterste wilsbeschikking is dus niet verboden op grond van het 'willekeurcriterium'. De delegatiebevoegdheid moet evenwel steeds naar behoren worden uitgevoerd.

### 6.7. Conclusie deel III

Gelet op hetgeen ik in dit hoofdstuk heb opgemerkt, kan de conclusie worden getrokken dat het mogelijk is om de *werking* van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van:

1. Een onzekere toekomstige gebeurtenis met een ontbindend of opschortend karakter. Ofwel van een (normale) ontbindende of opschortende voorwaarde.
2. Een zogenoemde ontbindende potestatieve voorwaarde ofwel een ontbindende voorwaarde met zuiver wilsafhankelijke elementen. Bijvoorbeeld 'tenzij mijn echtgenote dit niet wil'. Een dergelijke voorwaarde is in het gehele vermogensrecht toegestaan en wordt ook voor het erfrecht bevestigd in onder andere HR 17 januari 1996, *BNB* 1996/112 en HR 5 november 1997, *BNB* 1998/8 (voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling), evenals in HR 16 januari 2004, *NJ* 2004/487 (voorwaardelijke tweetrapsmaking, het zogenoemde '*Boerenplaatsje-arrest*').<sup>122</sup> Hierbij dient door degene van wiens wil de werking van de uiterste wilsbeschikking afhankelijk is gemaakt, evenwel gehandeld te worden met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid zodat willekeur wordt voorkomen. Voorts mag met de voorwaarde niet worden bewerkstelligd dat er op ontoelaatbare wijze (zie hiervoor het schema aan het slot van deel II van dit onderzoek) aan de *inhoud* van een uiterste wilsbeschikking kan worden geknutseld. Een beschikking als, bijvoorbeeld, 'X is mijn erfgenaam, tenzij Y een andere erfgenaam wil' is vanwege strijd met de woorden 'daarbij

120. Vgl. hetgeen ik opmerkte in noot 108 van dit hoofdstuk.

121. Zie ook Kleijn 1969, p. 294: 'Juist de goede trouw beperkt de willekeur van de aanwijzer en daarmee de schijn dat hij door de aanwijzing in feite zelf de beschikkingsmacht volledig uitoefent. Legt men deze criteria bij de delegatie en de aanwijzing aan, dan blijkt *elke delegatie van de wil van de erflater mogelijk, mits niet onverstaanbaar, onmogelijk, in strijd met de wetten of in strijd met de goede zeden* (curs. NB).'

122. HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, *BNB* 1996/112; HR 5 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5838, *BNB* 1998/8; HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, *NJ* 2004/487 (*Boerenplaatsje*).

aangewezen' in art. 4:115 BW ongeoorloofd. Met een zogenoemde ontbindende potestatieve voorwaarde mag anders gezegd niet in strijd worden gehandeld met de aard van de beschikking.

3. Een zogenoemde opschortende potestatieve voorwaarde, *mits* er gehandeld wordt met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid. Bijvoorbeeld 'indien het X goeddunkt'. Is de verbintenis afhankelijk van het redelijk oordeel van degene die verbonden is (en dat zal naar mijn mening het geval moeten zijn gelet op het feit dat de redelijkheid en billijkheid via art. 6:2 BW in het verbintenissenrecht steeds een rol speelt), dan levert dit geen strijd op met het wezen van de verbintenis en is er evenmin sprake van willekeur. Bovendien dient er geen strijd te zijn met de aard van de desbetreffende beschikking doordat er bijvoorbeeld op ontoelaatbare wijze wordt geknutseld aan de inhoud van de uiterste wilsbeschikking (ik verwijs hiervoor wederom naar het schema aan het slot van deel II van dit onderzoek).
4. De wil van een derde resp. een persoon die *niet* bij een erfrechtelijke verbintenis verbonden is, voorzover deze wil is gevormd met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, zodat willekeur wordt voorkomen, en er ook op geen andere wijze wordt gehandeld in strijd met de aard van de uiterste wilsbeschikking.

In paragraaf 5.3.3.3 wierp ik nog een vraag op met betrekking tot een legaat waarvan de werking afhankelijk is gemaakt van andermans wil. Ik gaf hierbij aan hierop terug te komen in dit hoofdstuk. Het betrof de vraag of het is toegestaan om het aan de echtgenote over te laten, dat zij kan bepalen of zij de waarde van hetgeen zij krachtens een legaat verkrijgt al dan niet in de nalatenschap inbrengt (vgl. Hof Amsterdam 21 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR1599). Ofwel, anders gezegd, kan de echtgenote bepalen of er al dan niet een sublegaat is? Aan de hand van de zojuist getrokken conclusies is het mogelijk om deze vraag te beantwoorden.

Het is de erflater toegestaan om te bepalen dat de echtgenote de waarde van hetgeen zij krachtens legaat verkrijgt moet inbrengen in de nalatenschap (ofwel, er is een sublegaat), *tenzij* de echtgenote dit niet wil. Een dergelijk ontbindende voorwaarde is niet in strijd met het wezen van het sublegaat. Dit zou anders zijn indien erflater bepaalt dat er een sublegaat is, *indien* zijn echtgenote dit wil en de echtgenote hierbij niet handelt met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid. Er is dan immers sprake van een zogenoemde ontoelaatbare potestatieve voorwaarde. Aan de hand van de formuleringen in de uiterste wil en de interpretatie hiervan, evenals aan de hand van het handelen van de echtgenote, zal zodoende moeten worden beoordeeld of de delegatiebevoegdheid toelaatbaar is.

Om te kijken of de bovenstaande conclusies ook overeind blijven staan ten aanzien van in de praktijk en literatuur als *geoorloofd* aangemerkte wilsdelegatie ten aanzien van de werking van een uiterste wilsbeschikking, neem ik hierna, in paragraaf 6.8, tot slot de proef op de som. Ik bekijk in de paragrafen 6.8.1 t/m 6.8.3 drie testamentaire clausules waarvan de werking afhankelijk kan worden gemaakt van andermans wil. De laatste clausule (paragraaf 6.8.3) betreft overigens in essentie niet alleen wilsdelegatie ten aanzien van de *werking* van de uiterste wilsbeschikking, maar omvat ook wilsdelegatie ten aanzien van de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking (zie deel II van dit

onderzoek). Deze clause vormt zo gezien het spreekwoordelijke neusje van de zalm: zij brengt het vraagstuk naar de grenzen van wilsdelegatie ten aanzien van de inhoud (deel II) en het vraagstuk naar de grenzen van wilsdelegatie ten aanzien van de werking (deel III) bijeen.

## 6.8. De proef op de som

### 6.8.1. Ouderlijke boedelverdeling met tenzij-clausule

Met betrekking tot de 'tenzij-clausule' verbonden aan een ouderlijke boedelverdeling kan ik kort zijn. Hierop ging ik namelijk al in, in paragraaf 6.3.3. Gerealiseerd dient te worden dat de 'tenzij-clausule' een ontbindende voorwaarde is en dat ontbindende voorwaarden in het erfrecht in beginsel zijn toegestaan (zie paragraaf 6.3 t/m 6.7). Dit is evenwel anders indien de aard van de uiterste wilsbeschikking zich hiertegen verzet (art. 3:38 lid 1 W) of de voorwaarde in strijd komt met het bepaalde in art. 4:45 BW. Bovendien dient *in beginsel* rekening te worden gehouden met het bepaalde in art. 4:140 lid 1 jo. 4:133 lid 3 BW (dertigjaarstermijn; hierover ook paragraaf 6.3.2). Voor wat de vraag naar toelaatbare wilsdelegatie betreft, is daarnaast van belang dat met de voorwaarde niet op ontoelaatbare wijze wordt geknutseld aan de inhoud/aard van de uiterste wilsbeschikking (schema deel II van dit onderzoek) en dat bij het invoeren van de 'tenzij-clausule' de redelijkheid en billijkheid niet uit het oog wordt verloren.<sup>123</sup> Ik gaf reeds aan dat de Hoge Raad in de arresten HR 17 januari 1996, BNB 1996/112 en HR 5 november 1997, BNB 1998/8<sup>124</sup> heeft geoordeeld dat *de aard* van de ouderlijke boedelverdeling zich niet tegen een 'tenzij-clausule' verzet waarmee aan de langstlevende en de kinderen tezamen de bevoegdheid wordt gegeven om de ouderlijke boedelverdeling geheel of gedeeltelijk ongedaan te maken. Bijvoorbeeld:

'tenzij mijn echtgenote en mijn afstammelingen in onderling overleg binnen zes maanden na mijn overlijden bij notariële akte te kennen hebben gegeven een andere verdeling te wensen.'<sup>125</sup>

Deze clause kan op grond van de *testeervrijheid* ook aan de langstlevende alleen worden gegeven, zo blijkt uit de algemene bewoordingen van de Hoge Raad.<sup>126</sup> Met de

123. Zie ook paragraaf 4.3.5 'Objectivering door redelijkheid en billijkheid voorkomt willekeur' evenals paragraaf 6.6 'Willekeur'.

124. HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, BNB 1996/112 en HR 5 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5838, BNB 1998/8.

125. HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, BNB 1996/112.

126. HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, BNB 1996/112, r.o. 3.3: 'Uitgangspunt dient te zijn het aan het erfrecht ten grondslag liggende beginsel van de testeervrijheid. In het midden kan blijven in hoeverre dit beginsel meebrengt dat een erflater ook buiten het geval van artikel 4:1167 BW bij uiterste wil een verdeling van zijn nalatenschap aan zijn erfgenamen kan opleggen. Doch met dit beginsel als uitgangspunt en bij gebreke van duidelijke wettelijke aanknopingspunten in andere zin, valt niet in te zien waarom in de gevallen waarin hij zulks op de voet van artikel 1167 wel kan, hij niet tevens bevoegd zou zijn om – binnen de grenzen die de wet aan de testeervrijheid in het algemeen stelt en van de artikelen 1169 en 1170 – aan deze beschikking voorwaarden of voorzieningen te verbinden of haar op andere wijze te beperken of nader te regelen, zoals hij haar ook, naar artikel 1168 uitdrukkelijk toelaat, tot een deel van de nalatenschap kan beperken (curs. NB).' Zie ook mijn opmerkingen hierover in paragraaf 6.3.3.

'tenzij-clausule' kan de langstlevende zodoende bewerkstelligen dat de ouderlijke boedelverdeling geheel of gedeeltelijk niet werkt. Zij kan de ouderlijke boedelverdeling dus voorwaardelijk maken. Een dergelijke 'tenzij-clausule' is niet in strijd met art. 4:45 BW. De dertigjaarstermijn (art. 4:140 lid 1 BW) is in bovengenoemde clausule niet van betekenis. Noch wordt met deze clausule inhoudelijk aan de erfstellingen geknutseld. Het gaat immers slechts om de *verdeling* van de nalatenschap en er wordt dus niet getornd aan de vaststelling van de erfgenamen of de erfdelen. Er wordt, anders gezegd, met een verdeling niet getornd aan de goederenrechtelijke verhoudingen.<sup>127</sup> Van belang is wel, zoals ik daarnet al opmerkte, dat bij het invoeren van de 'tenzij-clausule' door de echtgenote en afstammelingen rekening wordt gehouden met de redelijkheid en billijkheid, zodat willekeur wordt voorkomen (paragraaf 6.6).<sup>128</sup>

### 6.8.2. *Cautio Socini*

De *cautio Socini* was een onder het oude erfrecht geoorloofde testamentaire clausule, die thans verdisconteerd is in het systeem van de legitieme portie (vgl. art. 4:63 lid 3 BW).<sup>129</sup> Deze testamentaire clausule houdt een strafbepaling (ontbindende voorwaarde) in voor afstammelingen die met een beroep op hun legitieme portie zich tegen erflaters uiterste wil verzetten. Zij worden door dit verzet in de legitieme portie gesteld. In feite was de *cautio Socini* dus een clausule waarmee erflater de *werking* van een making aan een legitimaris, afhankelijk maakte van het al dan niet invoeren van zijn legitieme. Het betreft in feite dus een *ontbindende voorwaarde* die *indirect* afhankelijk is gesteld van andermans wil.

Onlangs wijdde het Hof Den Haag nog enkele woorden aan de *cautio Socini* en oordeelde dat deze clausule ook onder de vigore van het huidige erfrecht een geldige rechtsfiguur is.<sup>130</sup> In casu luidde de *cautio Socini* als volgt:

'Indien een van mijn kinderen zich tegen enige bepaling van dit testament of tegen de uitvoering daarvan verzet, beperk ik het erfdeel van dat kind uitdrukkelijk tot zijn wettelijk erfdeel (legitieme portie). Het tengevolge hiervan vrijkomende gedeelte van mijn nalatenschap zal toekomen aan mijn echtgenote, die ik voor dat gedeelte alsdan tot erfgename benoem.'<sup>131</sup>

Het Hof ziet alle erfstellingen, in erflaters uiterste wil – zowel naar oud als naar nieuw recht – als *voorwaardelijke erfstellingen*. De echtgenote is onder opschortende voorwaarde tot erfgenaam benoemd en de erfgenaam-legitimaris die zich 'verzet' onder ontbindende voorwaarde.<sup>132</sup> In paragraaf 6.5 kwam naar voren dat dergelijke voorwaardelijke erfstellingen in het erfrecht in beginsel zijn toegestaan. De aard van de erfstelling verzet zich anders gezegd niet tegen een voorwaardelijk karakter (art. 3:38

127. Zo ook B. Schols 2007a, p. 434 waarin hij voorts opmerkt dat ook bij een *Teilungsanordnung* op grond van § 2048 BGB het slechts gaat om de verdeling van de nalatenschap en niet om de vaststelling van de erfgenamen en de erfdelen.

128. Zie over de ouderlijke boedelverdeling met de 'tenzij-clausule' ook paragraaf 6.3.3.

129. Zie ook F. Schols 2000, p. 287-288.

130. Hof 's-Gravenhage 11 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1253, r.o. 14-19.

131. Hof 's-Gravenhage 11 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1253.

132. Hof 's-Gravenhage 11 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1253, r.o. 20.

lid 1 BW jo. afdeling 4.5.5 BW). Voor een toelaatbare voorwaarde is voorts van belang dat er geen sprake is van strijd met art. 4:45 BW en dat, in beginsel, gehandeld wordt met inachtneming van de dertigjaarstermijn (art. 4:140 lid 1 jo. 4:141 BW).

Voor wat de toelaatbaarheid van een *wilsafhankelijke* voorwaarde betreft, is bovendien van belang dat met de voorwaarde niet in strijd wordt gehandeld met het wezen van de beschikking. Bijvoorbeeld doordat er niet gehandeld wordt met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid of op ontoelaatbare wijze wordt geknutseld aan de inhoud/aard van de uiterste wilsbeschikking (schema deel II van dit onderzoek). Met betrekking tot de hierboven geciteerde clause kan reeds worden opgemerkt dat dit, te weten het op ontoelaatbare wijze knutselen aan de inhoud van de erfstellingen, niet het geval is. Weliswaar wordt er door deze strafbepaling indirect invloed uitgeoefend op de omvang van de erfdelen, doch deze wordt niet door een ander vastgesteld. De aard van de erfstelling verzet zich met andere woorden niet tegen het opnemen van een dergelijke strafbepaling. Indien een bepaalde erfstelling door het verzet niet werkt, heeft erflater namelijk bepaald dat: 'het tengevolge hiervan vrijkomende gedeelte van mijn nalatenschap zal toekomen aan mijn echtgenote, die ik voor dat gedeelte alsdan tot erfgename benoem'. Van het verlenen van een delegatiebevoegdheid ten aanzien van het *bepalen van de omvang van de erfdelen* (vgl. paragraaf 5.2.4) is dan ook geen sprake.

Is dit anders voor wat de veel voorkomende renteclausule betreft, die afhankelijk is van andermans wil? Op de tenzij-renteclausule ga ik hierna nader in.

### 6.8.3. Tenzij-renteclausule

In de huidige testamentenpraktijk wordt de volgende clause, of een hiermee vergelijkbare, toelaatbaar geacht:

'Indien en voor zover een kind naar aanleiding van mijn overlijden een vordering verkrijgt op mijn echtgenote op basis van mijn uiterste wil of op basis van een testamentaire verdeling (al dan niet door vertegenwoordiging) dan wel een vrije verdeling van mijn nalatenschap tussen mijn erfgenamen onderling, dan bepaal ik hierbij dat over deze vordering een rente van 6% verschuldigd is, *tenzij mijn echtgenote binnen 8 maanden en bij notariële akte anders bepaalt*, @ waarbij slechts de bevoegdheid bestaat de rente vast te stellen binnen @ [bandbreedte] (curs. NB).'<sup>133</sup>

133. Ik ontleen deze clause aan de testament-modellen van Schols/Burgerhart/Schols, te weten model versie 6.0a; model combi-testament van de 21<sup>e</sup> eeuw. Variant met 'quasi-wettelijke verdeling' (bewind én last). Vgl. in dit kader ook art. 4:13 lid 4 BW: 'De in lid 3 bedoelde geldsom wordt, *tenzij de erflater, dan wel de echtgenoot en het kind tezamen, anders hebben bepaald*, vermeerderd met een percentage dat overeenkomt met dat van de wettelijke rente, voor zover dit percentage hoger is dan zes, berekend per jaar vanaf de dag waarop de nalatenschap is opengevallen, bij welke berekening telkens uitsluitend de hoofdsom in aanmerking wordt genomen (curs. NB)'. Zie voor de fiscale gevolgen van het verlenen van een dergelijke delegatiebevoegdheid, B. Schols 2011. In *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, 10, p. 12 (NvW) wordt opgemerkt dat: 'Een rentevaststelling heeft in beginsel gevolgen voor de erfbelasting indien de bevoegdheid tot deze vaststelling voortvloeit uit artikel 13, vierde lid, van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek of uit een testament (bijvoorbeeld via een zogenoemde tenzij-clausule). Hierbij maakt het niet uit of de bevoegdheid in het testament alleen aan de langstlevende of aan de erfgenamen in gezamenlijk overleg is gegeven (curs. NB)'.

Met deze 'tenzij'-bepaling kan erflater de *werking* van de renteclausule afhankelijk maken van de wil van bijvoorbeeld zijn echtgenote.<sup>134</sup> Er is anders gezegd sprake van een wilsafhankelijke ontbindende voorwaarde. Ontbindende voorwaarden zijn in beginsel in het erfrecht toegestaan (zie paragraaf 6.3 t/m 6.7). Althans voorzover de aard van de uiterste wilsbeschikking zich hiertegen niet verzet (art. 3:38 lid 1 BW), er niet gehandeld wordt in strijd met het bepaalde in art. 4:45 BW en, met betrekking tot voorwaardelijke makingen of voorwaardelijke testamentaire lasten, in beginsel rekening wordt gehouden met de dertigjaarstermijn (art. 4:140 jo. 4:133 lid 3 BW). Voor wat de wilsafhankelijke voorwaarden betreft, geldt bovendien dat met de voorwaarde niet op ontoelaatbare wijze wordt geknutseld aan de inhoud/aard van een beschikking (schema deel II van dit onderzoek) en dat bij het inroepen van de 'tenzij-clausule' de redelijkheid en billijkheid niet uit het oog wordt verloren.

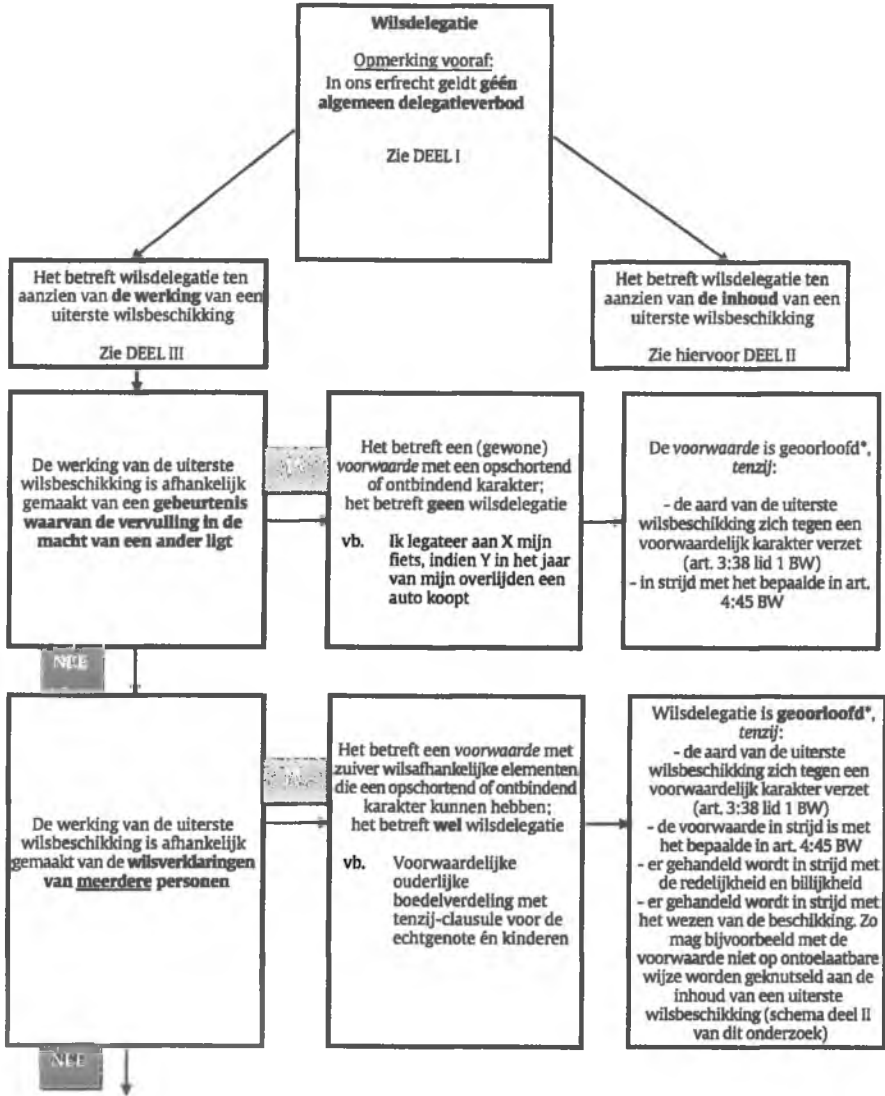
Mijns inziens verzet de aard van een rentebepaling zich niet tegen een voorwaardelijk karakter en leidt de hierboven geformuleerde voorwaarde evenmin tot strijd met art. 4:45 BW. Noch speelt de dertigjaarstermijn van art. 4:140 lid 1 BW in bovengenoemde formulering een rol. Of de langstlevende handelt als redelijk denkend mens zal getoetst kunnen worden nadat zij van haar bevoegdheid om een andere rente vast te stellen gebruik heeft gemaakt. Blijft de vraag over of met de voorwaarde op ontoelaatbare wijze wordt geknutseld aan de inhoud/aard van de beschikking. Voor het beantwoorden van deze vraag dient te worden gerealiseerd dat de erflater met de 'tenzij-clausule' niet alleen de werking van de uiterste wilsbeschikking kan beïnvloeden, maar dat zij ook *zelf* een rente kan vaststellen. De 'tenzij-clausule' betreft dus niet alleen een delegatiebevoegdheid ten aanzien van de *werking* van de uiterste wilsbeschikking ('tenzij mijn echtgenote dit niet wil'), maar ook een delegatiebevoegdheid ten aanzien van de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking ('tenzij mijn echtgenote anders bepaalt'; zie deel II van dit onderzoek). Verzet de aard van de renteclausule zich tegen een dergelijke voorwaarde? Voor het beoordelen van de vraag in hoeverre *inhoudelijke* wilsdelegatie is toegestaan, dient gekeken te worden naar het aan het slot van deel II weergegeven schema '*Toetsing geoorloofde of ongeoorloofde delegatie*'. In bovenstaande clausule betreft het *verbintenisrechtelijke verhoudingen* en daarvoor geldt dat in beginsel *bepaalbaarheid* voldoet. Naar mijn mening is het afbakenen van de bevoegdheid, door het geven van kaders waarbinnen de rente kan worden vastgesteld ('waarbij slechts de bevoegdheid bestaat de rente vast te stellen binnen [bandbreedte]') dan ook aan te bevelen. Indien erflater dit overigens niet doet, is er nog geen man overboord. In dat geval kan namelijk, indien nodig, worden aangestuurd op de objectiverende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>135</sup>

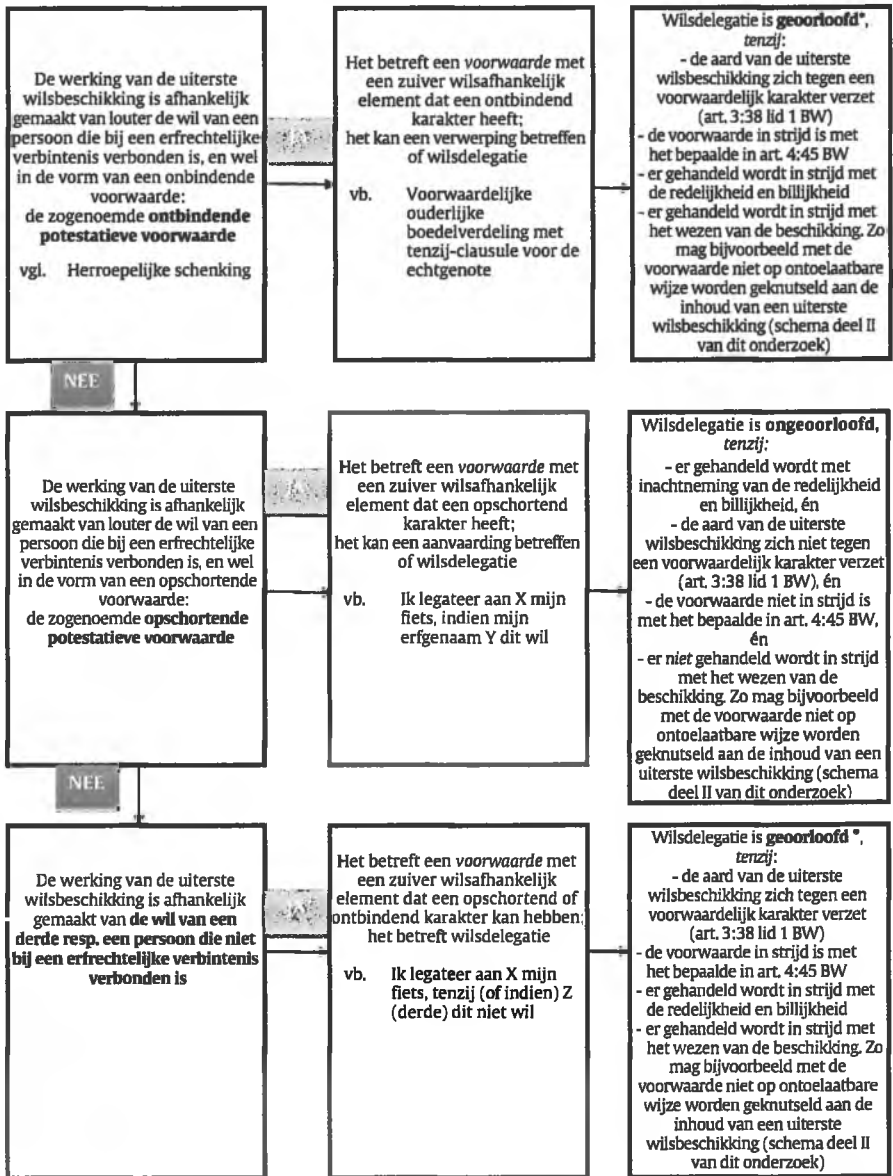
Hierna heb ik het toetsingskader om te beoordelen wat geoorloofde en wat ongeoorloofde wilsdelegatie is voor wat wilsdelegatie ten aanzien van de *werking* betreft, voor een duidelijk overzicht, in een schema gezet.

134. Zie ook mijn opmerking in noot 133 van dit hoofdstuk met betrekking tot *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, 10, p. 12 (NvW).

135. Zie ook paragraaf 4.3.5.

Schema  
Toetsing geoorloofde of ongeoorloofde wilsdelegatie  
ten aanzien van de werking





\* Art. 4:140 BW bepaalt dat indien een aan een making toegevoegde voorwaarde dertig jaren na het overlijden van de erflater nog niet is vervuld, de beschikking vervalt wanneer het een opschortende voorwaarde is; is het een ontbindende voorwaarde, dan vervalt de voorwaarde. Hiermee strijdige beschikkingen van de erflater zijn nietig. Zie ook art. 4:133 lid 3 BW, met betrekking tot de voorwaardelijke last, dat art. 4:140 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing verklaart.



## Samenvatting en conclusie

*The effect of liberty to individuals is that they may do what they please: we ought to see what it will please them to do, before we risk congratulations.'*

*(Edmund Burke)*

### 7.1. Inleidend

Het maken van een uiterste wilsbeschikking confronteert de erflater in de regel met tal van onzekerheden over de toekomst. De erflater moet keuzes maken die veelal pas jaren later hun uitwerking hebben. Jaren die de erflater niet kan overzien, omdat het leven voortdurend aan veranderingen onderhevig is. De omvang en samenstelling van het vermogen op het moment van testen, kan (aanzienlijk) verschillen van de omvang en samenstelling van het vermogen op het moment van overlijden. Dierbaren vandaag de dag kunnen anderen zijn dan de dierbaren op de sterfdag. De veranderlijkheid van het leven creëert een behoefte aan flexibele uiterste wilsbeschikkingen. Steeds vaker verschijnen er dan ook in de testamentenpraktijk uiterste wilsbeschikkingen, waarin wordt getracht om op de omstandigheden ten tijde van het overlijden in te spelen door het verlenen van (keuze)bevoegdheden aan anderen.<sup>1</sup> De vraag komt op in hoeverre dit is toegestaan. In hoeverre kan een erflater ten aanzien van zijn uiterste wilsbeschikkingen delegeren? Hoe verhoudt het delegeren van testeerbevoegdheden zich bijvoorbeeld tot het hoogstpersoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking (art. 4:42 lid 3 BW)? En leidt testamentaire delegatie tot willekeur?<sup>2</sup>

In deze studie worden de civielrechtelijke grenzen van wilsdelegatie in het erfrecht opgespoord. Een onderzoek op dit terrein is eerder niet verricht. Terwijl met een dergelijk onderzoek wel een beduidend praktisch en wetenschappelijk belang kan worden gediend. Dit belang is aangewakkerd door de per 1 januari 2003 afgezwakte legitieme portie. De legitieme portie is nog slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak en daarmee is de deur opengezet om flexibel te testen. Maar hoe flexibel mag men zijn? Het is deze vraag die zowel op maatschappelijk als op wetenschappelijk vlak de behoefte aan duidelijkheid omtrent de grenzen van delegatie in het erfrecht

1. Denk bijvoorbeeld aan HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, BNB 1996/112; HR 5 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5838, BNB 1998/8; HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, NJ 2004/487 (Boerenplaatsje).
2. Inleiding en verantwoording, I en II onder 'A'.

onderstreept.<sup>3</sup> Grenzen die overigens niet enkel dienen te worden opgespoord door de bestudering van Boek 4 BW. Het erfrecht staat immers niet op zichzelf. Het maakt deel uit van het algemene vermogensrecht, dat om die reden in zijn gelaagde structuur als geheel dient te worden bestudeerd.<sup>4</sup> Bij deze bestudering kan inspiratie worden opgedaan over de grens.<sup>5</sup> De Duits collega's hebben aan het delegatievraagstuk namelijk al aardig wat aandacht besteed. Anders dan het Nederlandse erfrecht kent het Duitse erfrecht een algemeen wettelijk delegatieverbod (§ 2065 BGB), dat aldaar wordt ingegeven door *der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit*. Waar komt dit beginsel vandaan, hoe heeft het zich ontwikkeld, wat houdt het in en rechtvaardigt het een algemeen delegatieverbod? Deze vragen komen met name aan bod in hoofdstuk 3 van dit onderzoek.<sup>6</sup>

Niet onbelangrijk is wat onder wilsdelegatie in dit onderzoek wordt verstaan. Wanneer ik over wilsdelegatie spreek, doel ik op een bepaalde bevoegdheidsverlening door de erflater bij uiterste wil aan een bepaald persoon, de gedelegeerde, waarmee de gedelegeerde aan de hand van een eigen wil, de uiterste wilsbeschikking van erflater nader kan invullen en daarmee de beoogde rechtsgevolgen nader kan vaststellen. Dit alles binnen een bepaalde of redelijke termijn. Ik houd in dit onderzoek rekening met twee manieren waarop wilsdelegatie kan plaatsvinden. Te weten:

1. Wilsdelegatie ten aanzien van de *inhoud* van een uiterste wilsbeschikking.
2. Wilsdelegatie ten aanzien van de *werking* van een uiterste wilsbeschikking.

Dit onderscheid komt terug in de wijze waarop het onderzoek is opgebouwd.<sup>7</sup> Het onderzoek bestaat uit drie delen. In het eerste deel wordt nagegaan of het Nederlandse erfrecht een algemeen delegatieverbod kent. De centrale vragen hierbij zijn: Is een delegatieverbod met het oog op de testeervrijheid te rechtvaardigen (*hoofdstuk 1*)? Wat zegt de uiterste wilsbeschikking over de mogelijkheid om te delegeren (*hoofdstuk 2*)? Impliceert het vereiste van (hoogst)persoonlijk testen zoals dat tot uitdrukking komt in art. 4:42 lid 3 BW een delegatieverbod (*hoofdstuk 3*)? In het tweede deel van het onderzoek wordt het accent op delegatie ten aanzien van de inhoud van de uiterste wilsbeschikking gelegd. Indien erflater de inhoud van zijn uiterste wilsbeschikkingen wil delegeren, waarmee dient dan rekening te worden gehouden? Ofwel: aan de hand van welk criterium of welke criteria kan worden beoordeeld in hoeverre wilsdelegatie ten aanzien van de inhoud van een uiterste wilsbeschikking geoorloofd is (*hoofdstuk 4*)? En wat is er op grond van dit criterium of deze criteria dan concreet mogelijk (*hoofdstuk 5*)? In het derde deel – tot slot – staan de grenzen van wilsdelegatie ten aanzien van de werking van een uiterste wilsbeschikking centraal. Omdat wilsdelegatie ten aanzien van de werking van een uiterste wilsbeschikking kan worden

3. Zie de inleiding en verantwoording, II onder 'B' voor het praktisch belang en onder 'C' voor het wetenschappelijk belang.
4. Inleiding en verantwoording, II onder 'D'.
5. Het Duitse BGB is van betekenis geweest bij de totstandkoming van het huidige BW. Zie ook B. Schols 2007a, p. 15: 'Meijers was enorm geïnspireerd door het Bürgerliches Gesetzbuch. De Duitse geest waart dan ook in ons Burgerlijk Wetboek rond.'
6. Inleiding en verantwoording, II onder 'E'.
7. Inleiding en verantwoording, III onder 'Terminologie en reikwijdte'.

verwezenlijkt met behulp van voorwaarden, wordt in dit deel ingegaan op de vraag in hoeverre wilsafhankelijke voorwaarden in het erfrecht zijn toegestaan (*hoofdstuk 6*).

Ik zal in dit laatste hoofdstuk mijn bevindingen en reeds getrokken conclusies nogmaals de revue laten passeren. Dit hoofdstuk kan als een samenvatting, in het bijzonder van mijn belangrijkste conclusies, worden beschouwd.

## 7.2. Geen algemeen delegatieverbod (deel I)

### 7.2.1. Inleidend

In deel I van dit onderzoek is schoon schip gemaakt met de idee dat er in ons erfrecht een algemeen delegatieverbod besloten ligt. Noch de testeervrijheid, noch het algemene karakter van de uiterste wilsbeschikking, noch de geldigheidsvereisten van art. 4:42 lid 3 BW – met name het vereiste dat van erflater verlangt dat hij persoonlijk zijn uiterste wilsbeschikking maakt – spreken een dergelijk algemeen delegatieverbod expliciet of impliciet uit. Ik licht dit hierna toe.

### 7.2.2. Testeervrijheid pleit voor wilsdelegatie

#### 7.2.2.1. Inleidend

Delegeren, indien toegestaan, geschiedt via testen. De testeervrijheid is een fundamenteel erfrechtelijk beginsel, maar erflater is in zijn testeervrijheid niet geheel vrij. De testeervrijheid kent haar grenzen, met name daar waar erfaters eigen belang of de belangen van anderen in het gedrang komen.<sup>8</sup> Zou erfaters eigen belang of de belangen van anderen een inperking op erfaters testeervrijheid in de vorm van een delegatieverbod kunnen rechtvaardigen? Aan de hand van mijn bevindingen in de paragrafen 1.2.2.2, 1.3.4.1 en 3.4, waarbij ik overigens dankbaar gebruik heb gemaakt van het reeds verrichte onderzoekswerk naar de rechtvaardiging van het Duitse *Drittbestimmungsverbot* (§ 2065 BGB),<sup>9</sup> kan deze vraag ontkennend worden beantwoord.<sup>10</sup> Alvorens ik dit toelicht, wil ik allereerst in herinnering brengen dat de testeervrijheid een fundamenteel erfrechtelijk beginsel is dat kan worden geplaatst in het grotere geheel van het autonomiebeginsel, de grondrechten en het eigendomsrecht.<sup>11</sup> Door de gewijzigde aard van de legitieme portie, per 1 januari 2003, heeft de testeervrijheid aanzienlijk aan terrein gewonnen. Goederenrechtelijk wordt erflater niet meer in zijn testeervrijheid beperkt, waardoor het maken van zeer flexibele testamenten aan een flinke opmars kon beginnen. Hierdoor is ook het delegatievraagstuk in een ander daglicht komen te staan.<sup>12</sup>

8. Over de grenzen van de testeervrijheid paragraaf 1.3.

9. Met name Immel 1965; Sens 1990; Zimmermann 1991; Wagner 1997; Frey 1999; Halding-Hoppenheit 2003.

10. Over § 2065 BGB en het daarin gelegen *Drittbestimmungsverbot* ook: paragraaf 3.3.

11. Zie hiervoor paragraaf 1.2.

12. Zie over de legitieme portie paragraaf 1.3.3.4.

Als uitingsvorm van het autonomiebeginsel kan de testeervrijheid met enige discretie naast de contractsvrijheid worden gelegd.<sup>13</sup> De testeervrijheid en de contractsvrijheid verschillen op wezenlijke punten, zodat een zuivere één-op-één vergelijking van de beide vrijheden niet opgaat. Dit neemt echter niet weg dat de contractsvrijheid als richtsnoer kan worden gebruikt bij het inkleuren van het beginsel van testeervrijheid. Zoals ik zojuist aangaf, wortelen beide vrijheden immers in dezelfde (stam)boom van het autonomiebeginsel en het eigendomsrecht. In paragraaf 1.2.2 heb ik de testeervrijheid dan ook opgevat als erfrechtelijke tegenhanger van de contractsvrijheid en haar opgedeeld in twee subvrijheden:

1. De vrijheid om al dan niet een uiterste wilsbeschikking resp. rechtskeuze te maken en te herroepen (*de testeervrijheid in formele zin*).
2. De vrijheid om de inhoud, werking en voorwaarden van een uiterste wilsbeschikking naar eigen inzicht te bepalen (*de testeervrijheid in materiële zin*).

Voor het delegatievraagstuk is met name de tweede subvrijheid, de testeervrijheid in materiële zin, van belang. Erflater zou immers op grond van deze vrijheid moeten kunnen testen op de wijze die hem goeddunkt. Een delegatieverbod zou zich met deze vrijheid dan ook niet verdragen.

Toch kan evenwel ook worden verdedigd dat een delegatieverbod juist erfslaters testeervrijheid waarborgt. Een blik over onze oostgrens leert namelijk dat een delegatieverbod kan worden opgevat als een noodzakelijke voorwaarde om de testeervrijheid tot haar recht te laten komen. Met het delegeren van testeerbevoegdheden zou de autonomie van het individu worden prijsgegeven, omdat deze bevoegdheidsverlening niet meer door erfslater ongedaan kan worden gemaakt, noch kan worden gecontroleerd. De gedelegeerde zou immers door erfslater niet meer ter verantwoording kunnen worden geroepen. Zo is de gedachte van een aantal Duitse auteurs.<sup>14</sup>

#### 7.2.2.2. Geen delegatieverbod omwille van testeervrijheid

In paragraaf 1.2.2.2 gaf ik aan dat het argument dat een delegatieverbod wenselijk is omwille van erfslaters testeervrijheid mij niet overtuigt. Met behulp van bijvoorbeeld het benoemen van een executeur en het opleggen van testamentaire lasten, kan een erfslater (als hij dat wenst) wel degelijk een zekere controle op de gedelegeerde uitoefenen. Mijns inziens geeft erfslater dan ook niet zijn testeervrijheid prijs, indien hij bevoegdheden aan anderen delegeert. Te meer niet omdat ik met wilsdelegatie, zoals in paragraaf 1.2.2.2 naar voren komt, geen *onbeteugelde* bevoegdheidsoverdrachten voor ogen heb. Een onbeteugelde bevoegdheidsoverdracht, als 'bepaal maar wie mijn erfgenamen zijn', past overigens sowieso niet in het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen en zou alleen al daarom ongeoorloofd zijn (art. 4:42 lid 1 BW).<sup>15</sup> Bovendien kan de vraag worden gesteld in hoeverre erfslater na zijn overlijden nog

13. Paragraaf 1.2.2.1.

14. Paragraaf 1.2.2.2.

15. Over het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen paragraaf 1.3.2.4 en paragraaf 2.2.3.

bescherming behoeft. Van het handelen van de gedelegeerde zal hij immers *zelf* geen vermogensrechtelijke nadelen kunnen ondervinden. Daarnaast dient hierbij beseft te worden dat het verlenen van een delegatiebevoegdheid doorgaans een bewuste keuze van erflater is. Erflater heeft het kennelijk zó gewild. Ik ben dan ook van mening dat een delegatieverbod erflaters testeervrijheid in materiële zin juist inperkt, in plaats van dat het zijn testeervrijheid ten goede komt.

Vanuit de filosofie bekeken dat een grenzeloze vrijheid een illusie is, geldt evenwel ook onomstotelijk voor de testeervrijheid – in formele en in materiële zin – dat zij haar grenzen kent. Deze grenzen worden met name ingegeven vanwege erflaters eigen belang dan wel vanwege de belangen van anderen.<sup>16</sup> Zo kan bijvoorbeeld enkel een wilsbekwame erflater die testeerbevoegd is testen (art. 3:33 BW, art. 3:34 BW en art. 4:55 BW) en dient erflater bij het maken van zijn uiterste wilsbeschikkingen vormvoorschriften in acht te nemen (art. 4:42 lid 3 BW jo. afdeling 4.4.4 BW). Voorts hebben afstammelingen bijvoorbeeld recht op een legitieme portie en kan de erflater met zijn uiterste wilsbeschikkingen niet in strijd handelen met de goede zeden of openbare orde. Zou, vanuit de belangen van erflater dan wel het algemeen belang bekeken, een begrenzing van erflaters testeervrijheid in de vorm van een algemeen delegatieverbod – ter bescherming van deze belangen – wenselijk zijn?

#### 7.2.2.3. Geen delegatieverbod omwille van erflaters eigen belang

Ik betoogde in paragraaf 1.2.2.2 en paragraaf 1.3.4 dat het verlenen van een delegatiebevoegdheid doorgaans een bewuste keuze van erflater is, waarbij het misbruikrisico kan worden verkleind met behulp van bijvoorbeeld het benoemen van een executeur en het opleggen van testamentaire lasten. Op deze wijze zou de gedelegeerde kunnen worden gecontroleerd en ter verantwoording kunnen worden geroepen. Ik ben dan ook van mening dat een algemeen delegatieverbod omwille van erflaters zelfbescherming, zijn testeervrijheid te veel aan banden legt. Een erflater kan immers in zijn uiterste wil nauwkeurig aangeven hoever de delegatiebevoegdheid reikt en wat zij precies inhoudt. Wenst de erflater bijvoorbeeld dat de gedelegeerde zichzelf niet als begunstigde aanwijst, dan kan hij deze mogelijkheid bij het verlenen van de bevoegdheid uitsluiten. Doet hij dit niet, dan heeft hij kennelijk geen bezwaar tegen een zelfbegunstiging van de gedelegeerde. Dat de gedelegeerde zijn boekje toch te buiten kan gaan door de grenzen van zijn bevoegdheid te negeren, is naar mijn mening geen argument waarmee een algemeen delegatieverbod kan worden gerechtvaardigd. Een dergelijk misbruikrisico bestaat immers ook voor rechtshandelingen tijdens leven, en daarvoor gelden in beginsel geen absolute beperkingen voor de vertegenwoordiger. Voorts zullen de notariële vormvereisten (art. 4:42 lid 3 jo. afdeling 4.4.4 BW), evenals een bezoek aan de notaris en diens *Belehrungspflicht*, ook dienen te waken tegen vervalsing, misbruik en verkeerde beïnvloedingen van derden.<sup>17</sup>

16. Paragraaf 1.3.2 en 1.3.3.

17. Paragraaf 1.3.4.1 en paragraaf 3.4.7.

De vraag kan nog worden gesteld of de testeervrijheid in formele zin noopt tot een algemeen delegatieverbod. Ofwel, impliceert art. 4:42 lid 3 BW, dat van erflater verlangt dat hij zijn uiterste wilsbeschikking *persoonlijk* maakt, een algemeen delegatieverbod?<sup>18</sup> Deze vraag ziet op het hoogstpersoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking en houdt zodoende meer verband met de andere deelvragen. Te weten: Wat zegt de uiterste wilsbeschikking over de mogelijkheid om te delegeren? En: Impliceert het vereiste van (hoogst)persoonlijk testen zoals dat tot uitdrukking komt in art. 4:42 lid 3 BW een delegatieverbod? Het is om deze reden dat ik aan deze vraag een aparte behandeling heb gewijd,<sup>19</sup> waarvan ik de conclusies hierna in paragraaf 7.2.3 en 7.2.4 zal geven.

#### 7.2.2.4. Geen delegatieverbod omwille van andermans belang

In mijn conclusie in paragraaf 1.3.3.6 gaf ik aan dat ieder individu evenveel recht op zelfontplooiing heeft en dat vanuit deze gedachte erflaters testeervrijheid kan worden ingeperkt. Zo kan erflater bijvoorbeeld niet testen in strijd met de goede zeden of openbare orde en dient hij de andere wettelijke rechten en de legitieme portie te dulden.<sup>20</sup> Ik gaf voorts aan dat de vrijheid om over vermogen te beschikken bij uiterste wil te kostbaar is om zonder deugdelijke rechtvaardiging opzij te zetten. Zij is immers, zoals ik zojuist in paragraaf 7.2.2.1 nog aanstipte, een fundamenteel erfrechtelijk beginsel. Kan een delegatieverbod worden beschouwd als rechtmatige inbreuk op erflaters testeervrijheid vanwege de bescherming van andermans belang, waarmee ik in het kader van het testen doel op de belangen van de versterferfgenamen? Of is een delegatieverbod gerechtvaardigd met het oog op het algemeen belang, in de zin van de rechtszekerheid in het rechtsverkeer? Ik beantwoordde deze vragen in paragraaf 1.3.4.2, evenals in de paragrafen 3.4.3, 3.4.4 en 3.4.6, mede puttend uit de bevindingen van Duitse juristen hieromtrent, ontkennend.

Wilsdelegatie is niet onwenselijk omwille van de bescherming van de versterferfgenamen. Dit heeft met name te maken met onze huidige maatschappij waarin de bloedband plaats heeft gemaakt voor het individu en het gezin. Het erfrecht is thans geen familie-erfrecht en het na te laten vermogen is geen familievermogen, maar *eigen* vermogen. Over *eigen* vermogen moet eenieder naar eigen goeddunken kunnen beschikken. Ik wees hierbij eveneens op het feit dat een delegatieverbod niet het geschikte middel zal zijn om de versterferfgenamen te beschermen. De uit het verbod voortvloeiende nietigheid leidt immers niet steeds tot een bevoordeling van de versterferfgenamen en het toestaan van wilsdelegatie leidt niet beslist tot een benadeling van hen. Wellicht kan de gedelegeerde zelfs beter rekening houden met de belangen van de versterferfgenamen dan de erflater die zijn uiterste wil jaren geleden maakte. Uitgaande van het huidige tijdsbeeld zou erflaters wil (ook als deze wenst te delegeren) en zijn testeervrijheid dienen te prevaleren boven de bescherming van de versterferfgenamen en het versterferfrecht.<sup>21</sup>

18. Paragraaf 1.3.4.1.

19. Zie de hoofdstukken 2 en 3.

20. Hierover paragraaf 1.3.3.

21. Paragraaf 1.3.4.2 onder 'A' en paragraaf 3.4.3.

Een delegatieverbod rechtvaardigen met een beroep op het algemeen belang, door bijvoorbeeld te stellen dat het een ongewenste vermogensconcentratie mee kan brengen of de rechtszekerheid aantast,<sup>22</sup> kan evenmin slagen. Het is maar de vraag of vermogensconcentratie steeds ongewenst is en of wilsdelegatie hieraan bijdraagt. Wellicht zorgt het juist voor vermogensversplintering. Voorts kan wilsdelegatie weliswaar rechtsonzekerheid en onduidelijkheid meebrengen, maar dit is het erfrecht niet ongewoon. Onduidelijkheid en onzekerheid zou echter bezwaarlijk kunnen worden wanneer het bijvoorbeeld de erfstelling betreft, omdat hier goederenrechtelijke verhoudingen in het geding zijn.<sup>23</sup> Ten aanzien hiervan wil ik evenwel erop wijzen, dat deze rechtsonzekerheid kan worden opgevangen indien men de delegatiebevoegdheid beschouwt als opschortende voorwaarde. Bij een erfstelling onder opschortende voorwaarde behoort immers altijd een erfstelling onder ontbindende voorwaarde. Voorzover erflater niet anders heeft bepaald, zijn de versterferfgenamen dan erflaters (primaire) rechtsopvolgers en wel onder ontbindende voorwaarde. Met deze zogenoemde 'voorwaarden-constructie'<sup>24</sup> hoeft voor rechtsonzekerheid dan ook niet te worden gevreesd. De versterferfgenamen zijn er steeds als 'vangnet' indien erflater geen erfgenamen heeft benoemd. Ons erfrecht is anders gezegd zo ingericht dat erflaters rechtsopvolgers altijd bekend zijn. Een delegatieverbod omwille van de rechtszekerheid in het rechtsverkeer zou mijns inziens dan ook een te zware inbreuk zijn op erflaters testeervrijheid.<sup>25</sup>

#### 7.2.2.5. Conclusie

De materiële testeervrijheid, te weten de vrijheid om de inhoud, werking en voorwaarden van een uiterste wilsbeschikking naar *eigen inzicht* te bepalen, pleit vóór de mogelijkheid van wilsdelegatie. Zou er een delegatieverbod gelden, dan zou deze vrijheid immers niet tot haar recht kunnen komen. Een deugdelijke rechtvaardiging voor een dergelijk verbod – waarmee erflaters testeervrijheid wordt beperkt – kan niet worden beargumenteerd op grond van erflaters eigen belang, noch op grond van een algemeen belang. Binnen de grenzen van de testeervrijheid dient erflater dan ook te kunnen testen op de wijze als hem goeddunkt. Vanuit de testeervrijheid bekeken, geldt er zodoende geen delegatieverbod voor de erflater.

Met het besef dat testen in wezen niets anders is dan beschikken over eigendom, valt overigens ook niet in te zien waarom er voor het verlenen van beslissingsbevoegdheden aan anderen striktere vereisten aan de testeervrijheid gesteld zouden worden dan aan bijvoorbeeld de contractsvrijheid. Speelt hier wellicht de aard van de uiterste wilsbeschikking een rol?

22. Zie voor het argument van de ongewenste vermogensconcentratie: paragraaf 1.3.4.2 onder 'B' en paragraaf 3.4.4. En voor de bescherming van de rechtszekerheid: paragraaf 1.3.4.2 onder 'B' en paragraaf 3.4.6.

23. Zie over wilsdelegatie met betrekking tot de erfstelling uitgebreid paragraaf 5.2.

24. Zie hierover met name paragraaf 5.2.2.4.

25. Paragraaf 1.3.4.3 onder 'B' en paragraaf 3.4.6.

### 7.2.3. (Algemene) aard van de uiterste wilsbeschikking tolereert wilsdelegatie

#### 7.2.3.1. Elementen van de uiterste wilsbeschikking

De testeervrijheid kan worden gerealiseerd door het maken van een uiterste wilsbeschikking. In hoofdstuk 2 heb ik de algemene aard van uiterste wilsbeschikking nader bekeken, zoals deze tot uitdrukking komt in art. 4:42 BW. Wilsdelegatie *bij uiterste wilsbeschikking* kan enkel plaatshebben indien de uiterste wilsbeschikking door het verlenen van de delegatiebevoegdheid haar karakter van uiterste wilsbeschikking als bedoeld in art. 4:42 lid 1 BW behoudt. Dat wil zeggen dat zij een eenzijdige rechtshandeling moet blijven die eerst werkt na erflaters overlijden en die past binnen het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen.<sup>26</sup> Dat de beschikking waarin delegatiebevoegdheden worden verleend eenzijdig tot stand komt en daarmee rechtsbetrekkingen na overlijden worden beoogd, behoeft geen twistpunt te zijn. Waar evenwel over getwist kan worden, is de vraag of er nog sprake is van een rechtshandeling – en zodoende van een uiterste wilsbeschikking – wanneer een ander mede de inhoud van de uiterste wilsbeschikking bepaalt. Wordt hiermee niet tekortgedaan aan het *bepaaldheidsvereiste* dat als *essentialia* voor iedere rechtshandeling geldt?<sup>27</sup> Het is deze cruciale vraag waarop ik mij in het tweede deel van dit onderzoek heb geconcentreerd. De conclusies hiervan behandel ik in paragraaf 7.3. Een andere vraag waarover getwist kan worden is de vraag of het verlenen van delegatiebevoegdheden past binnen het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen. Mijns inziens bestaat er in beginsel geen bezwaar tegen het verlenen van een delegatiebevoegdheid die *onderdeel uitmaakt* van een binnen het stelsel passende beschikking die nog niet volledig is bepaald of die als *last of voorwaarde* is verwoord.<sup>28</sup>

#### 7.2.3.2. Geldigheidsvereisten van de uiterste wilsbeschikking

Naast de elementen van de uiterste wilsbeschikking zoals deze in art. 4:42 lid 1 BW naar voren komen, kent de uiterste wilsbeschikking ook twee geldigheidsvereisten. Deze geldigheidsvereisten zijn neergelegd in art. 4:42 lid 3 BW, dat bepaalt dat een uiterste wilsbeschikking alleen *bij uiterste wil* en slechts *door de erflater persoonlijk* kan worden gemaakt en herroepen. Beide geldigheidsvereisten, te weten de vormgebondenheid en het persoonlijke karakter van het testen, zijn in de literatuur in verband gebracht met het delegatievraagstuk. Leidt erkenning van wilsdelegatie wellicht tot ontduiking van de vormgebondenheid? En hoe verhoudt het persoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking zich tot het delegeren van testbevoegdheden?

#### 7.2.3.3. Vormgebondenheid en wilsdelegatie

Erkenning van wilsdelegatie leidt niet tot ontduiking van de vormgebondenheid die geldt voor uiterste wilsbeschikkingen. De wil van de gedelegeerde *berust* namelijk

26. Paragraaf 2.2.1.

27. Over het bepaaldheidsvereiste paragraaf 2.2.2.4 en 2.2.2.5, evenals hoofdstuk 4.

28. Paragraaf 2.2.3.



slechts op erflaters wil, maar *is* niet *erflaters* wil. De wil van de gedelegeerde is een eigen wil, die dan ook niet aan de vormvoorschriften van art. 4:42 lid 3 BW gebonden is.<sup>29</sup>

#### 7.2.3.4. Persoonlijk testen en wilsdelegatie

Art. 4:42 lid 3 BW bepaalt dat een erflater zijn uiterste wilsbeschikking slechts *persoonlijk* kan maken. Het spreekt hiermee enkel een formeel aspect uit, dat inhoudt dat vertegenwoordiging *bij het maken* van de uiterste wilsbeschikking niet is toegestaan.<sup>30</sup> Dit is bijvoorbeeld ook het geval bij de schenking ter zake des doods (art. 7:177 BW), die vanwege haar sterke gelijkenis met het legaat is blootgesteld aan de testamentaire geldigheidsvereisten van art. 4:42 lid 3 BW jo. 4:94 BW.<sup>31</sup> In art. 7:177 BW kan enkel een formeel aspect worden ontwaard. Op straffe van verval dient de schenking ter zake des doods notarieel te worden vastgelegd en door de schenker *persoonlijk te worden aangegaan*. 'Persoonlijk' ziet hier op het 'aangaan van de schenking' en niet op de vraag in hoeverre het mogelijk is om de inhoud van de schenkingsovereenkomst door bijvoorbeeld de begiftigde op een later tijdstip nader in te laten vullen.<sup>32</sup> Mijns inziens dient hiervoor gekeken te worden naar het bepaaldheidsvereiste, waaraan ik hoofdstuk 4 heb gewijd. Ik kom hierop terug in paragraaf 7.3.

Art. 4:42 lid 3 BW is gelijk is aan § 2064 BGB ('Der Erblasser kann ein Testament nur persönlich errichten'). De wilsverklaring dient van de erflater *persoonlijk* te zijn.<sup>33</sup> Hiermee is naar mijn mening nog niets gezegd over de toelaatbaarheid van een van andermans wil afhankelijke wilsuiting, zoals een nog niet in detail uitgedachte ofwel een *onvolledige* wilsuiting die na het overlijden door een derde zal worden gecompleteerd. Art. 4:42 lid 3 BW spreekt anders gezegd niet expliciet een materieel aspect van het hoogstpersoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking uit, dat inhoudt dat de erflater zijn uiterste wilsbeschikking ook persoonlijk moet *bepalen*. Een dergelijk materieel aspect wordt bijvoorbeeld wel uitgesproken in het Duitse BGB, dat naast § 2064 BGB ('der formellen Höchstpersönlichkeit') nog de zusterbepaling § 2065 BGB ('der materiellen Höchstpersönlichkeit') kent. § 2065 BGB verlangt van erflater dat hij de *werking* van zijn uiterste wilsbeschikking, evenals de *wezenlijke inhoud* van zijn uiterste wilsbeschikking persoonlijk bepaalt.<sup>34</sup> Een met § 2065 BGB vergelijkbare bepaling, waarin expliciet een materieel aspect van het hoogstpersoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking wordt uitgesproken, kennen wij in ons Boek 4 BW niet.

#### 7.2.3.5. Conclusie

De algemene aard van de uiterste wilsbeschikking, zoals deze naar voren komt in art. 4:42 BW, behelst geen algemeen delegatieverbod. Art. 4:42 lid 1 BW laat evenwel doorschemeren dat iedere uiterste wilsbeschikking een in voldoende mate bepaald

29. Paragraaf 2.3.4.

30. Paragraaf 2.5.2.1.

31. Over de gelijkenis tussen schenking en legaat: paragraaf 2.4.

32. Paragraaf 2.5.2.2.

33. Paragraaf 2.5.2.3.

34. Over § 2065 BGB uitgebreid paragraaf 3.3.

onderwerp moet hebben. Wat dit inhoudt, heb ik bekeken in hoofdstuk 4. Mijn bevindingen hieromtrent geef ik, zoals reeds aangekondigd, weer in paragraaf 7.3. Art. 4:42 lid 3 BW dat bepaalt dat een erflater zijn uiterste wilsbeschikking slechts persoonlijk kan maken, houdt evenmin een algemeen delegatieverbod in. Het spreekt namelijk enkel een formeel aspect uit, dat met zich brengt dat vertegenwoordiging bij het maken van een uiterste wilsbeschikking niet is toegestaan. Dient, ondanks dat onze wettekst zich hierover niet uitspreekt, in art. 4:42 lid 3 BW toch ook een materieel aspect te worden gelezen? En wat zou dit materiële aspect dan betekenen voor het delegatievraagstuk? Voor mijn antwoord op deze vragen verwijs ik naar de volgende paragraaf.

7.2.4.        *Art. 4:42 lid 3 BW kent geen materieel aspect dat een delegatieverbod impliceert*

7.2.4.1.     Inleidend

Meerdere auteurs lezen in art. 4:42 lid 3 BW ook een materieel aspect, dat met zich zou brengen dat erflater zijn uiterste wilsbeschikking ook persoonlijk moet *bepalen*.<sup>35</sup> In hoofdstuk 3 heb ik bekeken of dit materiële aspect inderdaad impliciet in het persoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking, zoals dat tot uitdrukking komt in art. 4:42 lid 3 BW, besloten ligt.

7.2.4.2.     Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit en zijn wortels

Ik gaf reeds in paragraaf 7.1 aan dat de Duitse doctrine het delegatievraagstuk al meerdere malen heeft uitgedokterd.<sup>36</sup> In Duitsland kent men namelijk een algemeen delegatieverbod dat is neergelegd in § 2065 BGB. In deze bepaling ligt *der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit* besloten. Zij verhindert erflater om te delegeren ten aanzien van de werking en wezenlijke inhoud van zijn uiterste wilsbeschikkingen. Omdat in ons BW een dergelijk materieel aspect van het hoogstpersoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking niet uitdrukkelijk is neergelegd, ben ik voor een beter begrip van dit materiële aspect bij de Duitse literatuur te rade gegaan. Aan de hand van de Duitse onderzoeken ben ik tot het inzicht gekomen dat zich door de eeuwen heen een beginsel heeft ontwikkeld dat wordt geduid als het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke, en dat zich niet met wilsdelegatie lijkt te verdragen. Dit beginsel stoelt echter op twee geheel andere pijlers. Namelijk op het formalisme en het bepaaldheidsvereiste.<sup>37</sup> Het formalisme gold in het Romeinse recht zeer sterk. Een

35. Zie Asser/Meijers 1915, p. 98; Sujling/Dubois 1931, nr. 85, 95 en 144; Breemhaar 1992, nr. 18, 42, 72 en 74-77; Kleijn 2004a, p. 82; Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004, nr. 221; B. Schols 2007a, p. 432 e.v.; Van Mourik 2008, nr. 46 (zie in dit kader ook Van Mourik 2013, nr. 46, waarin hij aangeeft dat de verwijzing naar de 'hoogstpersoonlijke aard' van de uiterste wilsbeschikking in de literatuur met weinig sympathie wordt omringd); F. Schols, *Handboek Erfrecht* 2011, p. 116; Asser/Perrick 2013 (4), nr. 148. Allen betrekken het hoogstpersoonlijk karakter van de uiterste wilsbeschikking in het delegatievraagstuk.

36. Zie Grossfeld 1968; Sünner 1969; Stiegeler 1985; Sens 1990; Zimmermann 1991; Kossmann 1994; Wagner 1997; Frey 1999; Halding-Hoppenheit 2003.

37. Paragraaf 3.2.

uiterste wilsbeschikking moest aldaar met inachtneming van de juiste woordformules en rituelen tot stand komen. Hierdoor was het bijvoorbeeld niet toegestaan om de werking van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van louter andermans wil.<sup>38</sup> Dit formalisme is vandaag de dag echter sterk afgezwakt. Erflater hoeft niet met woordformules of rituelen te testen. Hij dient zijn wil enkel in de voorgeschreven vorm te uiten (vgl. art. 4:42 lid 3 BW jo. afdeling 4.4.4 BW). Het bepaaldheidsvereiste heeft evenwel zijn betekenis behouden. Nog steeds wordt van een erflater verlangd dat hij zijn uiterste wilsbeschikkingen in voldoende mate bepaalt. Dit betekent – zo blijkt ook uit het wordingsproces van *der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit* – echter niet dat hij zijn beschikkingen steeds in volledigheid moet bepalen. Door de eeuwen heen werd het bepaaldheidsvereiste veelal soepel opgevat. Erflater kon bijvoorbeeld de legatarissen door een derde laten aanwijzen uit een door de erflater afgebakende groep van personen.<sup>39</sup> Ik verwijs voor de oorsprong van *der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit* en het wordingsproces van § 2065 BGB naar mijn opmerkingen hieromtrent in paragraaf 3.2.

#### 7.2.4.3. Wettelijke uitzonderingen op § 2065 II BGB

Op het zogenoemde *Drittbestimmungsverbot* van § 2065 II BGB<sup>40</sup> maakt de wet een aantal uitzonderingen. Ten aanzien van het legaat (*Vermächtnis*) en de last (*Auflage*), evenals ten aanzien van de tenuitvoerlegging van het testament (*Testamentsvollstreckung*) en het verdelen van de nalatenschap (*Auseinandersetzung*) kan erflater andermans hulp inschakelen.<sup>41</sup> In feite geldt § 2065 II BGB enkel onverzwakt voor de erfstelling. In de rechtspraak is het *Drittbestimmungsverbot* ten aanzien van de erfstelling echter in twijfel getrokken.<sup>42</sup>

Met name de door de wetgever gemaakte uitzonderingen op het *Drittbestimmungsverbot* onderstrepen mijns inziens de praktische behoefte om te delegeren en kunnen zelfs de gedachte opwekken dat de *hoofdregel* van een *Drittbestimmungsverbot* een vergissing van de wetgever is geweest. Want waarom zoveel uitzonderingen op een hoofdregel toestaan?<sup>43</sup>

#### 7.2.4.4. Geen rechtvaardigingsgrond voor een *Drittbestimmungsverbot*

In paragraaf 3.4 bekeek ik *Sinn und Zweck* van het *Drittbestimmungsverbot*. Uit deze paragraaf bleek dat er voor een *Drittbestimmungsverbot* geen deugdelijke rechtvaardiging bestaat. In paragraaf 7.2.2 stelde ik reeds als een van mijn bevindingen, dat een delegatieverbod niet kan worden beargumenteerd met een beroep op de testeervrijheid. De testeervrijheid wordt door een delegatieverbod juist ingeperkt. In deze paragraaf kwamen ook andere falende rechtvaardigingsgronden voorbij, zoals de bescherming van de versterferfgenamen, het voorkomen van ongewenste vermogens-

38. Over het Romeinse recht en *der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit* paragraaf 3.2.2.

39. Vgl. ook *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771.

40. Over 2065 II BGB, paragraaf 3.3.

41. Paragraaf 3.3.4.

42. Paragraaf 3.3.5.

43. Zie ook mijn conclusie in paragraaf 3.6.

concentratie, de bescherming van het rechtsverkeer, evenals het voorkomen van misbruik, vervalsing en verkeerde beïnvloedingen door een derde. Geen van alle kan het *Drittbestimmungsverbot* rechtvaardigen.<sup>44</sup> Dat geldt evenmin voor het argument dat een delegatieverbod gewenst zou zijn, omdat er sprake is van een persoonlijkheidsopvolging en de erflater daarom zijn erfgenamen zelf dient aan te wijzen. Een dergelijke persoonlijkheidsopvolging is nonsens: de erfopvolging betreft (slechts) vermogensrechtelijke aangelegenheden.<sup>45</sup> Tot slot kan het *Drittbestimmungsverbot* ook niet worden gerechtvaardigd met een beroep op § 2064 BGB. Deze bepaling verlangt immers enkel dat erflater zijn uiterste wilsbeschikkingen hoogstpersoonlijk maakt. Waarom zou een hoogstpersoonlijk gemaakte uiterste wilsbeschikking niet ook hoogstpersoonlijk gemaakte delegatiebevoegdheden kunnen bevatten? Bovendien zijn, indien § 2065 BGB wordt gezien als noodzakelijke aanvulling op § 2064 BGB, de wettelijke uitzonderingen op het *Drittbestimmungsverbot* niet te rijmen met het bepaalde in § 2064 BGB. Wie § 2065 II BGB in het leven roept vanwege vrees voor het omzeilen van de vormvoorschriften van § 2064 BGB dient consequent te zijn en kan vanuit dit oogpunt geen uitzonderingen op § 2065 II BGB toestaan.<sup>46</sup>

#### 7.2.4.5. Art. 4:42 lid 3 BW bevat geen materieel aspect

Het besef dat de materiële hoogstpersoonlijkheid voortkomt uit het formalisme en het bepaaldheidsvereiste en het besef dat onze oosterburen geen deugdelijke rechtvaardigingsgrond voor hun *Drittbestimmungsverbot* kennen, sterken mij in mijn gedachte dat het materiële aspect van het hoogstpersoonlijke geen verband houdt met het bepaalde in art. 4:42 lid 3 BW.<sup>47</sup> Dit artikel omvat enkel een formeel geldigheidsvereiste. Het verlangt van erflater dat hij zijn uiterste wilsbeschikking persoonlijk maakt. En waarom kan, zoals ik zojuist in de vorige paragraaf eveneens opmerkte, een hoogstpersoonlijk gemaakte uiterste wilsbeschikking geen hoogstpersoonlijk gemaakte delegatiebevoegdheden bevatten? Art. 4:42 lid 3 BW zegt mijns inziens niets over uiterste wilsbeschikkingen waarvan de werking of de inhoud afhankelijk is gesteld van andermans wil. In hoeverre het is toegestaan om de *werking* van uiterste wilsbeschikkingen afhankelijk te maken van de wil van een ander, betreft een vraag naar de toelaatbaarheid van wilsafhankelijke voorwaarden.<sup>48</sup> De vraag in hoeverre het mogelijk is om ten aanzien van de *inhoud* van uiterste wilsbeschikkingen te delegeren, dient naar mijn mening te worden beantwoord aan de hand van het bepaaldheidsvereiste, dat besloten ligt in art. 4:42 lid 1 BW. En niet aan de hand van de formele hoogstpersoonlijkheid zoals deze is neergelegd in art. 4:42 lid 3 BW. Art. 4:42 lid 3 BW betreft immers slechts een algemeen formeel geldigheidsvereiste van de uiterste wilsbeschikking, dat geen betrekking heeft op haar materiële aard.<sup>49</sup>

44. Zie uitgebreider paragraaf 3.4.

45. Paragraaf 3.4.5.

46. Paragraaf 3.4.8. Zie voor een overzicht van de falende rechtvaardigingsgronden voor het *Drittbestimmungsverbot* ook mijn tussenconclusie in paragraaf 3.4.9.

47. Hierover ook paragraaf 3.5.

48. Paragraaf 3.5.2.3.

49. Paragraaf 3.5.2.4 en 3.5.3.

Zo bezien bestaat het beginsel dat *wordt geduid* als de materiële hoogstpersoonlijkheid dus in feite uit de al dan niet toelaatbaarheid van wilsafhankelijke voorwaarden en het bepaaldheidsvereiste.<sup>50</sup>

#### 7.2.4.6. Bepaaldheidsvereiste betekent geen delegatieverbod

In paragraaf 3.5.4.3 gaf ik aan dat het bepaaldheidsvereiste geen delegatieverbod impliceert. De Duitse onderzoeken naar de rechtvaardiging van het *Drittbestimmungsverbot* toonden dit al. De toelaatbaarheid van *Drittbestimmung* werd in het verleden niet beoordeeld aan de hand van de materiële hoogstpersoonlijkheid zoals zij vandaag de dag in § 2065 BGB is terug te vinden, maar aan de hand van het bepaaldheidsvereiste. Grepen uit de ontwikkeling van 'der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit' laten zien dat dit vereiste vanaf de 13<sup>e</sup> eeuw tot aan de 19<sup>e</sup> eeuw *soepel* kon worden opgevat. Het was mogelijk dat een derde uit een door erflater afgebakende groep van personen de legatarissen respectievelijk de erfgenamen aanwees. Erflater kon dus tot op zekere hoogte aan een derde de concrete invulling van zijn uiterste wilsbeschikking overlaten.<sup>51</sup> Hoe het bepaaldheidsvereiste voor uiterste wilsbeschikkingen in ons erfrecht moet worden uitgelegd behandelde ik in de hoofdstukken 4 en 5. Mijn bevindingen hieromtrent geef ik weer in paragraaf 7.3.

#### 7.2.4.7. Conclusie

Art. 4:42 lid 3 BW behelst geen materieel aspect dat een delegatieverbod inhoudt. Het bevat slechts een formeel geldigheidsvereiste, waarbij het niet past om hierin een algemeen delegatieverbod te lezen. Zo zou het bijvoorbeeld gissen zijn naar de reikwijdte en de betekenis van dit verbod. Geldt het bijvoorbeeld ook voor het legaat? En hoe dient dan de opmerking van de minister te worden geplaatst dat het de erflater is toegestaan om in zijn uiterste wil *een derde aan te wijzen die zal bepalen* wie van de verscheidene door erflater genoemde personen het legaat zal genieten?<sup>52</sup> De vraag of en in hoeverre er gedelegeerd kan worden ten aanzien van de werking en de inhoud van de uiterste wilsbeschikking dient naar mijn mening aan de hand van concretere toetsstenen te worden beantwoord. In deel II en deel III van dit onderzoek ben ik naar deze concretere toetsstenen op zoek gegaan. Deel II ziet, zoals ik reeds in paragraaf 7.1 opmerkte, op de grenzen van wilsdelegatie ten aanzien van de inhoud van een uiterste wilsbeschikking. Het betreft de vraag aan de hand van welk criterium of welke criteria kan worden beoordeeld in hoeverre wilsdelegatie met betrekking tot de inhoud van een uiterste wilsbeschikking geoorloofd is.<sup>53</sup> Evenals de vraag wat er op grond van dit criterium of deze criteria dan concreet mogelijk is.<sup>54</sup> Hierna zet ik mijn belangrijkste bevindingen ten aanzien hiervan op een rij.

50. Zie ook paragraaf 3.5.4.

51. Paragraaf 3.2.

52. *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771.

53. Hoofdstuk 4.

54. Hoofdstuk 5.

### **7.3. Bepaaldheidsvereiste als criterium voor wilsdelegatie ten aanzien van de inhoud (deel II)**

#### **7.3.1. Inleidend**

Het tweede deel van het onderzoek betreft de vraag naar de grenzen van wilsdelegatie ten aanzien van de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking. In het eerste deel van dit onderzoek kwam reeds naar voren dat voor deze vraag gekeken dient te worden naar het *bepaaldheidsvereiste*. Het bepaaldheidsvereiste verlangt voor iedere uiterste wilsbeschikking een bepaald onderwerp. Een uiterste wilsbeschikking zonder bepaald onderwerp is geen uiterste wilsbeschikking, omdat de rechtsgevolgen bij gebreke aan bepaaldheid niet kunnen worden vastgesteld. Ik gaf reeds aan dat wilsdelegatie bij uiterste wil slechts mogelijk is indien de wilsbeschikking door het verlenen van de delegatiebevoegdheid het karakter van uiterste wilsbeschikking behoudt. De vraag kan worden gesteld of dit nog het geval is indien een ander mede de inhoud van de uiterste wilsbeschikking bepaalt of dat het bepaaldheidsvereiste hiermee tekort wordt gedaan.<sup>55</sup> Om deze vraag te kunnen beantwoorden dient gekeken te worden naar de uitleg van het bepaaldheidsvereiste voor uiterste wilsbeschikkingen. Boek 4 BW laat zich hierover niet uitdrukkelijk uit. Het erfrecht maakt evenwel deel uit van het algemene vermogensrecht dat een gelaagde structuur kent. De boeken 3 en 6 BW kennen bepalingen waarin het bepaaldheidsvereiste expliciet naar voren komt, bijvoorbeeld art. 3:84 lid 2 BW en art. 6:227 BW. Titel 3.2 BW, betreffende rechtshandelingen, kent een dergelijke uitdrukkelijke bepaling evenwel niet. Toch kan in de parlementaire geschiedenis van Titel 3.2 BW een belangrijk aanknopingspunt worden gevonden met betrekking tot de uitleg van het bepaaldheidsvereiste voor te onderscheiden soorten rechtshandelingen (te weten de verbintenissenrechtelijke overeenkomst, de goederenrechtelijke overeenkomst en de eenzijdige rechtshandeling). Het betreft het antwoord van de minister op de aanbeveling van de vaste Commissie voor Justitie om een regeling over de bepaaldheid van rechtshandelingen in Titel 3.2 BW vast te leggen. Dit antwoord heb ik als uitgangspunt genomen met betrekking tot de vraag hoe het bepaaldheidsvereiste voor rechtshandelingen dient te worden opgevat.<sup>56</sup> In de onderstaande paragrafen zet ik mijn belangrijkste bevindingen hieromtrent op een rij.

#### **7.3.2. Aard van de rechtshandeling**

##### **7.3.2.1. Inleidend**

Uit het antwoord van de minister op de aanbeveling van de vaste Commissie voor Justitie om een regeling over de bepaaldheid van rechtshandelingen in Titel 3.2 BW vast te leggen, blijkt dat voor de uitleg van het bepaaldheidsvereiste gekeken dient te worden naar de *aard van de rechtshandeling*. Voor de verbintenisscheppende

55. Paragraaf 4.1.

56. Paragraaf 4.2.

overeenkomst geldt bijvoorbeeld een ander bepaaldheidsvereiste dan voor de goederenrechtelijke overeenkomst.<sup>57</sup> Welk bepaaldheidsvereiste er geldt, licht ik hierna nader toe.

### 7.3.2.2. Verbintenisrechtelijke aard

Het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor de verbintenisrechtelijke overeenkomst kan *soepel* worden opgevat. *Bepaalbaarheid* voldoet.<sup>58</sup> Art. 6:227 BW bepaalt dan ook dat de verbintenissen die partijen op zich nemen, *bepaalbaar* moeten zijn. Van een bepaalbare verbintenis is sprake indien de vaststelling van de verbintenis kan geschieden aan de hand van tevoren vaststaande criteria. Deze criteria kunnen ook een *subjectief element* inhouden, in die zin dat de nadere vaststelling van de inhoud aan een derde of aan een van de partijen kan worden opgedragen.<sup>59</sup> Voldoende is dat partijen in hun overeenkomst hebben afgesproken hoe de inhoud van de verbintenis zal worden geconcretiseerd.<sup>60</sup> Hierbij dient evenwel te worden gerealiseerd dat dit nader vaststellen van de inhoud van de overeenkomst door een van de partijen of een derde, dient te geschieden met inachtneming van de eisen van *redelijkheid en billijkheid*. Hierdoor wordt de verbintenisrechtelijke overeenkomst mede beheerst (art. 6:248 BW). De redelijkheid en billijkheid zorgt voor de nodige objectivering en voorkomt zo willekeurig handelen.<sup>61</sup>

De nadere concretisering van verbintenissen kan plaatshebben door het verlenen van een *keuzebevoegdheid* – voorbeelden hiervan zijn de facultatieve, alternatieve en generieke verbintenissen – dan wel door middel van een bindend oordeel.<sup>62</sup>

De constatering dat voor *verbintenissen* een soepel bepaaldheidsvereiste geldt, in die zin dat de inhoud van de verbintenissen nader kan worden geconcretiseerd door *subjectieve elementen* van bijvoorbeeld een derde, opent mogelijkheden voor wilsdelegatie. Hierbij is met name van belang om te beseffen dat verbintenissen niet enkel voortvloeien uit een overeenkomst, maar ook kunnen ontstaan uit een legaat. Op de vraag in hoeverre er ruimte is om te delegeren ten aanzien van de verbintenissen die voortvloeien uit een legaat, kom ik hierna in paragraaf 7.3.3.3 terug.

### 7.3.2.3. Goederenrechtelijke aard

In beginsel is het soepele bepaaldheidsvereiste van art. 6:227 BW, dat geldt voor de verbintenisrechtelijke overeenkomst, ook van toepassing op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen (art. 6:216 BW). Dit is slechts anders voorzover de aard van de rechtshandeling zich hiertegen verzet. Voor de goederenrechtelijke overeenkomst als bedoeld in art. 3:84 lid 2 BW is dit het geval. Voor haar geldt, op

57. Paragraaf 4.2.3.

58. Paragraaf 4.3.

59. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895-896. Vgl. *Kamerstukken II 1984/85*, 17496, 10, p. 15 en 16 (*MvA II Inv.*), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1123.

60. Paragraaf 4.3.4.

61. Paragraaf 4.3.5.

62. Paragraaf 4.3.6 en paragraaf 4.3.7.

grond van haar aard, een strikter bepaaldheidsvereiste dan voor de verbintenisrechtelijke overeenkomst.<sup>63</sup> Aan het bepaaldheidsvereiste voor de goederenrechtelijke overeenkomst wordt namelijk voldaan wanneer naar *objectieve maatstaven* kan worden vastgesteld welk goed wordt overgedragen. Hierbij kan het van de aard van het desbetreffende goed afhangen *in welke mate* bepaaldheid is geëist.<sup>64</sup> Zo geldt, in het kader van de levering als bedoeld in art. 3:84 BW, voor een registergoed een strikter bepaaldheidsvereiste dan voor een vordering op naam.<sup>65</sup> Voor de levering (of verpanding, art. 3:98 BW) van vorderingen is namelijk voldoende dat de akte zodanige gegevens bevat, dat eventueel *achteraf, aan de hand van de akte* kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat. Het is dan ook niet nodig dat de vordering in de akte zelf moet zijn gespecificeerd. Het bepaaldheidsvereiste voor de cessie of verpanding van vorderingen (art. 3:98 BW) kan dus soepel worden opgevat, in die zin dat *bepaalbaarheid* volstaat. Deze bepaalbaarheid is evenwel van andere orde dan de bepaalbaarheid van art. 6:227 BW, waarin het is toegestaan dat de vaststelling naar van te voren vaststaande criteria geschiedt, die ook een *subjectief element* kunnen inhouden. De bepaalbaarheid die geldt voor de goederenrechtelijke overeenkomst dient nader concreetiseerd te worden aan de hand van *objectieve gegevens*.<sup>66</sup> Voor een nadere vaststelling aan de hand van subjectieve elementen – zoals de partijbedoeling, of het oordeel van een deskundige – is dan ook geen plaats. De reden voor de objectieve maatstaf die geldt voor het bepaaldheidsvereiste in goederenrechtelijke sferen hangt samen met de absolute werking van goederenrechtelijke rechten. Het dient voor derden aan de hand van de levering duidelijk te zijn of een goed al dan niet is overgedragen en tot wiens vermogen het behoort. Het bepaaldheidsvereiste dient met andere woorden de rechtszekerheid in het rechtsverkeer.<sup>67</sup> Ik stelde me evenwel de vraag of hieraan niet te zwaar wordt getild. Met name als dit argument ‘losgekoppeld’ wordt van ‘de overdracht’ als bedoeld in art. 3:84 BW en geplaatst wordt in erfrechtelijke sferen waarin goederenrechtelijke verhoudingen een rol spelen, zoals de erfstelling, kan de vraag worden gesteld of aan dit bezwaar van rechtsonzekerheid in het rechtsverkeer niet op een bepaalde manier tegemoet kan worden gekomen.<sup>68</sup>

#### 7.3.2.4. Eenzijdige rechtshandelingen, zoals de uiterste wilsbeschikking

In het antwoord van de minister op de aanbeveling van de vaste Commissie voor Justitie om een regeling over de bepaaldheid van rechtshandelingen in Titel 3.2 BW vast te leggen, is te lezen dat de mate van bepaaldheid die geldt voor eenzijdige

63. Paragraaf 4.3.9. Vgl. ook art. 3:84 lid 2 BW dat luidt: ‘Bij de titel moet het goed met voldoende *bepaaldheid* omschreven zijn (curs. NB)’. Dit, in tegenstelling tot art. 6:227 BW, waarin gesproken wordt van *bepaalbaar*.

64. Paragraaf 4.4.2.2.

65. Zie voor het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor registergoederen, in het bijzonder onroerende zaken paragraaf 4.4.2.3 en voor het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor vorderingen paragraaf 4.4.2.4.

66. HR 20 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7248, NJ 1998/362.

67. Paragraaf 4.4.2.6.

68. Paragraaf 4.4.2.7 en paragraaf 4.4.3.



rechtshandelingen, veelal voortvloeit uit de in de *wet opgenomen vereisten* ten aanzien van de *vorm en inhoud* van de betreffende rechtshandeling.<sup>69</sup>

De uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige rechtshandeling. Voor haar geldt zodoende dat doorgaans *uit de wet* en de daarin gelegen *vereisten ten aanzien van de vorm en inhoud*, voortvloeit welke mate van bepaaldheid wordt verlangd, teneinde het beoogde rechtsgevolg in het leven te roepen.<sup>70</sup> In paragraaf 4.6.4 heb ik nader uiteengezet waarom de formele geldigheidsvereisten van de uiterste wilsbeschikking (art. 4:42 lid 3 BW en afdeling 4.4.4 BW) geen strikt bepaaldheidsvereiste impliceren. Het komt er, beknopt gezegd, op neer dat beide vereisten slechts formaliteiten betreffen, die geen betrekking hebben op het *wezen* van de uiterste wilsbeschikking – een eenzijdige rechtshandeling met werking na overlijden – en zodoende beide niets zinnigs zeggen over de (on)mogelijkheid om de inhoud van de uiterste wilsbeschikking nader te laten bepalen door een ander.<sup>71</sup> Hiervoor dient mijns inziens te worden gekeken naar de vereisten die gelden ten aanzien van de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking, ofwel naar de *materiële aard* van de uiterste wilsbeschikking (art. 4:42 lid 1 BW).<sup>72</sup> De wet kent evenwel een twintigtal te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen.<sup>73</sup> Van deze te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen heeft echter een groot aantal in essentie geen *materiële aard in erfrechtelijke zin*.<sup>74</sup> Voor de erfstelling, het legaat en de testamentaire last is dit anders. Zij kennen wel een erfrechtelijke materiële aard. Dit geldt mijns inziens eveneens voor de executeursbenoeming en het testamentaire bewind, vanwege hun uitgebreide behandeling in afdeling 4.5.6 BW resp. afdeling 4.5.7 BW. In hoofdstuk 5 heb ik de materiële aard van deze te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen dan ook nader bekeken. Welke vereisten ten aanzien van de *inhoud* gelden er voor hen, tot welke mate van bepaaldheid leiden deze vereisten en kan er vervolgens ten aanzien van hun inhoud worden gedelegeerd?

### 7.3.2.5. Conclusie

De aard van de rechtshandeling geeft aan welke mate van bepaaldheid voor haar is vereist. Een goederenrechtelijke aard leidt bijvoorbeeld tot een striktere opvatting van het bepaaldheidsvereiste dan een verbintenisrechtelijke aard. Aan de hand van de opvatting van het bepaaldheidsvereiste kan vervolgens worden bekeken in hoeverre er ruimte is voor wilsdelegatie. Een strikt bepaaldheidsvereiste, dat geen ruimte biedt voor andermans subjectief oordeel, maakt dat er ten aanzien van de inhoud niets door een ander kan worden bepaald. Er kan ten aanzien van de inhoud van de rechtshandeling dus niets worden gedelegeerd. Een soepel bepaaldheidsvereiste dat ruimte biedt voor subjectieve elementen, opent daarentegen wel een deur voor wilsdelegatie. Ik geef daarvan hierna in paragraaf 7.3.3.3 een voorbeeld. Belangrijk is om te beseffen

69. Paragraaf 4.5.

70. Paragraaf 4.6.1.

71. Zie in dit kader ook mijn opmerkingen hieromtrent in paragraaf 7.2.3.3, 7.2.3.4, 7.2.4.5, 7.2.4.7.

72. Paragraaf 4.6.4.

73. Deze zijn opgesomd in paragraaf 4.6.2.

74. Paragraaf 4.6.3.

dat de redelijkheid en billijkheid, die in het gehele vermogensrecht een rol speelt, een objectiverende rol kan spelen ten aanzien van andermans subjectief oordeel. Op deze manier voorkomt de redelijkheid en billijkheid willekeurig handelen.

Voor wat het bepaaldheidsvereiste en de uiterste wilsbeschikking betreft, geldt dat de mate van bepaaldheid zichtbaar wordt door de bestudering van de *materiële aard* van iedere te onderscheiden soort uiterste wilsbeschikking.

### 7.3.3. Aard van de te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen

#### 7.3.3.1. Inleidend

In hoofdstuk 5 heb ik de aard van de erfstelling, het legaat, de testamentaire last, de executeursbenoeming en het testamentair bewind nader bestudeerd. Tot welke opvatting van het bepaaldheidsvereiste leidt hun aard? En in hoeverre kan er ten aanzien van hun wezenlijke inhoud – dat wil zeggen hun *onderwerp* – worden gedelegeerd? Ik gaf in paragraaf 5.7 reeds een overzicht van mijn belangrijkste conclusies ten aanzien hiervan. Ik haal deze hierna nogmaals aan, waarbij ik opmerk dat het mijn conclusies in grote lijnen betreft. Voor de door mij gemaakte nuanceringen hierop verwijs ik naar de afzonderlijke paragrafen in hoofdstuk 5.

#### 7.3.3.2. Erfstelling

De erfstelling (art. 4:115 BW) kent een *goederenrechtelijke aard*. Dit brengt met zich dat er voor de erfstelling een strikt bepaaldheidsvereiste geldt, in die zin dat de erflater zijn erfgenamen en de erfdelen zelf zal moeten bepalen. Voor wilsdelegatie ten aanzien van het bepalen van de erfgenamen en erfdelen is dan ook geen plek.<sup>75</sup>

Voor het bepalen van de erfgenamen wordt dit strikte bepaaldheidsvereiste door de wet uitgesproken in art. 4:115 BW. Dit artikel spreekt van 'daarbij aangewezen personen' en brengt hiermee het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid tot uitdrukking. De identiteit van de testamentaire erfgenamen moet op grond van dit vereiste *onmiddellijk*, dat wil zeggen volledig aan de hand van de uiterste wil en de op het ogenblik van het overlijden van de erflater bestaande omstandigheden, kunnen worden vastgesteld. Voor een vaststelling 'achteraf', bijvoorbeeld door andermans subjectief oordeel, is geen plaats. Als rechtvaardiging van het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid wordt de rechtszekerheid genoemd.<sup>76</sup> Ik constateerde eerder echter al dat ons erfrecht zodanig is ingericht, dat voor *rechtsonzekerheid* niet snel hoeft te worden gevreesd. Als vangnet kennen we namelijk altijd de versterferfgenamen.<sup>77</sup> Beschouwt men de delegatiebevoegdheid om de erfgenamen te bepalen als een *opschortende voorwaarde*, dan zijn de door de gedelegeerde aan te wijzen erfgenamen de erfgenamen onder opschortende voorwaarde. Hierbij behoren altijd erfgenamen onder ontbindende voorwaarde. Zijn deze door de erflater niet uitdruk-

75. Paragraaf 5.2.

76. Paragraaf 5.2.2.3.

77. Zie ook paragraaf 7.2.2.4.

kelijk genoemd, dan zijn dat de versterferfgenamen. Erflaters rechtsopvolgers zijn zodoende altijd bepaald. Mijns inziens kan de rechtvaardiging van het vereiste van onmiddellijke identificeerbaarheid dan ook in twijfel worden getrokken.<sup>78</sup>

De woorden 'daarbij aangewezen' hebben geen betrekking op de erfdelen. Zij zien slechts op de personen, ofwel op de erfgenamen. Dit brengt evenwel niet met zich dat er voor het bepalen van de erfdelen ruimte is voor bepaalbaarheid met subjectieve elementen ofwel voor wilsdelegatie. Gelet op de goederenrechtelijke aard van de erfstelling zullen op het moment van erflaters overlijden de erfdelen objectief duidelijk moeten zijn. De erfstelling heeft immers betrekking op de nalatenschap als vermogensseenheid en met haar zijn goederenrechtelijke belangen gemoeid.<sup>79</sup> Ik merkte evenwel op dat tegen de opvatting van een goederenrechtelijk bepaaldheidsvereiste met objectieve maatstaf voor de omvang van de erfdelen, kan worden ingebracht dat de onzekerheid omtrent de omvang van de erfdelen in feite slechts een verbintenisrechtelijke onzekerheid betreft. En voor verbintenisrechtelijke verhoudingen kan een soepel bepaaldheidsvereiste met subjectieve elementen, zoals het oordeel van een derde, voldoen (vgl. art. 6:227 BW).<sup>80</sup>

#### 7.3.3.3. Legaat

Het legaat (art. 4:117 BW) kent eenzelfde *verbintenisrechtelijke aard* als bijvoorbeeld de schenkings- of koopovereenkomst. De aard van het legaat is namelijk gelegen in het toekennen van een *vorderingsrecht* aan een of meer personen. Voor de mate van bepaaldheid van het legaat kan dan ook worden aangeknoopt bij het verbintenisrechtelijke bepaaldheidsvereiste als bedoeld in art. 6:227 BW.<sup>81</sup> Dat wil zeggen: bepaalbaarheid met ruimte voor subjectieve elementen, zoals het oordeel van een derde, voldoet. Het is bijgevolg dan ook mogelijk om, binnen kaders die *bepaalbaar* zijn, ten aanzien van de inhoud van het legaat te delegeren.<sup>82</sup> Ik noem als voorbeeld het legaat met keuzemogelijkheid ten aanzien van de legataris. Dit legaat maakt het mogelijk dat erfflater in zijn uiterste wil een derde aanwijst die zal bepalen wie van verscheidene door de erfflater genoemde personen het legaat zal genieten.<sup>83</sup>

#### 7.3.3.4. Last

De last (art. 4:130 BW) roept slechts een *verplichting* in het leven, waarvan geen nakoming kan worden gevorderd. De last kent daarmee in essentie noch een goederenrechtelijke,<sup>84</sup> noch een verbintenisrechtelijke aard. Dit brengt met zich dat voor de last een heel soepel bepaaldheidsvereiste geldt, dat (net zoals het legaat) ruimte biedt voor subjectieve elementen van anderen en daarmee voor wilsdelegatie. De vereiste

78. Paragraaf 5.2.2.4 en paragraaf 5.2.3.

79. Paragraaf 5.2.4.

80. Zie ook mijn tussenconclusie in paragraaf 5.2.5.

81. Hierover paragraaf 4.3.

82. Paragraaf 5.3.

83. *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771. Zie ook paragraaf 5.3.2.4.

84. De vervallenverklaring als bedoeld in art. 4:131 BW heeft overigens wel goederenrechtelijk effect.

mate van bepaaldheid ten aanzien van de last is, gelet op zijn materiële aard die slechts een verplichting inhoudt waarvan geen nakoming kan worden gevorderd, nóg soepeler dan voor het legaat. Enkel het noemen van *het doel* van de verplichting kan volstaan. Met dit zeer soepele bepaaldheidsvereiste kan wilsdelegatie ten aanzien van de *inhoud van de verplichting* (de last) dan ook worden verwezenlijkt.<sup>85</sup>

#### 7.3.3.5. Executeursbenoeming

De executeursbenoeming (art. 4:142 lid 1 BW) betreft een relatie met een vertrouwenspersoon en kent een tweeledige aard. De benoeming van de persoon die als executeur optreedt, heeft een louter *verbintenisrechtelijk* karakter. Terwijl aan de taken en bevoegdheden van de executeur, in het bijzonder aan het beheren van de goederen van de nalatenschap (art. 4:144 en 4:145 BW), *goederenrechtelijke* aspecten kunnen kleven.<sup>86</sup>

Gelet op het verbintenisrechtelijke karakter van de executeursbenoeming hoeft erflater niet steeds zelf de executeur te benoemen, maar kan hij de bevoegdheid hiertoe ook aan een ander verlenen. Doordat art. 4:142 lid 1 BW evenwel uitdrukkelijk bepaalt dat de erflater bij uiterste wilsbeschikking de bevoegdheid kan verlenen aan een *executeur* of de *kantonrechter* om een executeur toe te voegen, in de plaats te stellen of als vervanger te benoemen, houdt art. 4:142 lid 1 BW (met dit gesloten stelsel) mijns inziens in wezen een delegatie-beperking in. Waarom spreekt art. 4:142 lid 1 BW dan namelijk niet ook uitdrukkelijk over de mogelijkheid van een *alternatieve keuze* door een derde uit meerdere door erflater genoemde personen (vgl. het legaat met keuzeverlening ten aanzien van de legataris)? Op grond van de verbintenisrechtelijke aard van de executeursbenoeming zou dit naar mijn mening eveneens zijn toegestaan.<sup>87</sup> Het gesloten stelsel van art. 4:142 lid 1 BW werkt hier mijns inziens dan ook onnodig beperkend.<sup>88</sup>

Met betrekking tot de taken en bevoegdheden van de (beheers-)executeur zijn de regels van afdeling 4.5.6 BW, met name art. 4:145-147 BW, bepalend. De wetgever heeft met deze bepalingen zodoende reeds de taken en bevoegdheden van de executeur *objectief* ingekleurd.<sup>89</sup> Voor andermans subjectieve oordeel ofwel voor wilsdelegatie is dan ook geen plaats. Toch kan de erflater met behulp van een executeursbenoeming wilsdelegatie verwezenlijken. Aan een executeur kunnen namelijk lasten worden opgelegd (art. 4:130 lid 2 BW) en een executeur heeft onder andere tot taak een aan hem opgelegde last uit te voeren (art. 4:144 lid 1 BW). Omdat voor de last een zeer soepel bepaaldheidsvereiste geldt, waarbij ruimte is voor andermans subjectief oordeel, kan de erflater bewerkstelligen dat een executeur of derde toch een subjectieve invulling kan geven aan een bepaalde aan de executeur opgedragen taak of verplichting.<sup>90</sup>

85. Paragraaf 5.4.

86. Paragraaf 5.5.

87. Zie hiervoor ook paragraaf 4.3.8.3 en paragraaf 4.3.4.2.

88. Paragraaf 5.5.4. Zie ook mijn tussenconclusie in paragraaf 5.5.6.

89. Hetgeen mijns inziens ook past bij het goederenrechtelijke karakter van, bijvoorbeeld, een taak als het beheren van de goederen van de nalatenschap.

90. Paragraaf 5.5.5. Zie ook mijn tussenconclusie in paragraaf 5.5.6.

### 7.3.3.6. Testamentair bewind

Het testamentaire bewind (art. 4:153 e.v. BW) betreft (enkel) een verband op *goederen* en kent primair een *goederenrechtelijke* aard. Voor het bepalen van de goederen waarop het testamentair bewind rust, geldt dan ook een strikt bepaaldheidsvereiste. Erflater zal in zijn uiterste wil dienen te bepalen *welke goederen* onder het bewind worden gesteld, zodat de rechtsgevolgen van het bewind kunnen worden vastgesteld. Hij kan hierbij in beginsel niet de hulp van andermans subjectief oordeel inschakelen.<sup>91</sup>

In het gegeven dat het testamentaire bewind een verband op *goederen* is, schemert door dat de persoon van de bewindvoerder van secundair belang is. De persoon van de bewindvoerder hoeft niet door erflater in zijn uiterste wil te zijn bepaald. Erflater kan in zijn uiterste wil dan ook de bevoegdheid aan een derde verlenen om de bewindvoerder te benoemen. Dit wordt door de wetgever uitdrukkelijk bevestigd in art. 4:157 lid 1 BW.<sup>92</sup>

Ten aanzien van de taken en bevoegdheden van de bewindvoerder biedt art. 4:171 BW erflater een grote mate van vrijheid om van de wettelijke, en daarmee objectief ingekleurde, regeling af te wijken. De goederenrechtelijke aard van het testamentaire bewind verhindert, door het bepaalde in art. 4:171 BW, namelijk niet dat erflater bij uiterste wil de bevoegdheden en verplichtingen van de bewindvoerder nader regelt. Erflater kan de bevoegdheden en verplichtingen van de bewindvoerder beperkter of ruimer vaststellen dan uit art. 4:153- 4:170 BW voortvloeit. Dit brengt mee dat erflater ten aanzien van de artikelen die betrekking hebben op de taken en bevoegdheden van de bewindvoerder, en binnen de kaders van afdeling 4.5.7 BW, het subjectieve oordeel van een ander dan erflater (zoals het oordeel van de bewindvoerder, maar mijns inziens ook het oordeel van een derde), een rol kan laten spelen. Erflater kan bijvoorbeeld bepalen dat de bewindvoerder bevoegd is *om te bepalen in hoeverre* de vruchten van het onder bewind gestelde vermogen aan de rechthebbende worden uitgekeerd.<sup>93</sup> Er kan dus, door het bepaalde in art. 4:171 BW, sprake zijn van wilsdelegatie ten aanzien van de *inhoud van de taken en bevoegdheden* van de bewindvoerder.<sup>94</sup>

Indien de materiële aard van een uiterste wilsbeschikking het toelaat dat erflater delegeert ten aanzien van haar inhoud, dient bij de invulling van deze inhoud door de gedelegeerde overigens telkens te worden gehandeld met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, zodat willekeur wordt voorkomen.<sup>95</sup>

### 7.3.3.7. Conclusie

Kort samengevat kan, zoals ik reeds in de slotalinea van deel II schreef, worden gesteld dat de sleutel van het vraagstuk naar de toelaatbaarheid van wilsdelegatie ten aanzien van de *inhoud* van een uiterste wilsbeschikking gelegen is in de opvatting van het bepaaldheidsvereiste dat geldt voor iedere soort uiterste wilsbeschikking. Deze opvatting van het bepaaldheidsvereiste kan worden achterhaald door bestudering van de

91. Paragraaf 5.6.5.

92. Paragraaf 5.6.4.1.

93. HR 18 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:983, NJ 2014/214.

94. Paragraaf 5.6.4.2.

95. Zie ook paragraaf 4.3.5.

materiële aard van de te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen. Hierbij geldt dat een goederenrechtelijke aard tot een striktere opvatting van het bepaaldheidsvereiste leidt dan een verbintenisrechtelijke aard. Betreft de delegatiebevoegdheid derhalve goederenrechtelijke verhoudingen, zoals het benoemen van de erfgenamen, dan kan dit erop duiden dat erflater de inhoud van de bepaling volledig zelf moet bepalen. Er is dan in beginsel geen ruimte voor wilsdelegatie ten aanzien van haar inhoud. Dit is slechts anders indien de wet het verlenen van de delegatiebevoegdheid uitdrukkelijk toelaat. Hetgeen bijvoorbeeld het geval is bij art. 4:171 BW. Betreft de delegatiebevoegdheid daarentegen verbintenisrechtelijke verhoudingen, zoals de bevoegdheid om de legataris(sen) aan te wijzen, dan zou het in beginsel voldoende moeten zijn dat de inhoud van de uiterste wilsbeschikking *bepaalbaar* is in de zin van art. 6:227 BW. Dat wil zeggen dat zij aan de hand van in de uiterste wil gegeven criteria nader kan worden ingekleurd door het subjectieve oordeel van een derde. De derde zal hierbij dienen te handelen conform de redelijkheid en billijkheid. Het verlenen van de delegatiebevoegdheid mag overigens niet in strijd zijn met het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen, noch met de goede zeden of openbare orde. Zoals gezegd geschiedt delegeren immers door te testeren en daar waar erflater beperkt is in zijn testeervrijheid, is hij zodoende ook beperkt in zijn mogelijkheden om te delegeren. Voor een globaal overzicht van de mogelijkheden van wilsdelegatie ten aanzien van de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking verwijs ik naar het schema aan het slot van deel II.

#### **7.4. (On)toelaatbaarheid wilsafhankelijke voorwaarden als criterium voor wilsdelegatie ten aanzien van de werking (deel III)**

##### **7.4.1. Inleidend**

In deel III van dit onderzoek stond de vraag centraal naar de grenzen van wilsdelegatie ten aanzien van de *werking* van de uiterste wilsbeschikking. De werking van een uiterste wilsbeschikking kan door erflater worden beïnvloed door het koppelen van *voorwaarden* aan de uiterste wilsbeschikking. In hoeverre zijn wilsafhankelijke voorwaarden in het erfrecht toegestaan? Mijn antwoord op deze vraag zet ik hierna kort uiteen.

##### **7.4.2. Voorwaarden in het erfrecht zijn toegestaan**

In beginsel kan iedere rechtshandeling onder een voorwaarde worden verricht (art. 3:38 BW). De uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige rechtshandeling (art. 4:42 lid 1 BW) en dus ook aan de uiterste wilsbeschikking kunnen in beginsel voorwaarden worden verbonden.<sup>96</sup> Het erfrecht bevestigt dit voor makingen in afdeling 4.5.5 BW.<sup>97</sup>

96. Ik wil hierbij in herinnering brengen dat de *last* in wezen eveneens een (ontbindende) voorwaarde is. Over de uiterste wilsbeschikking onder last; paragraaf 6.5.4. Zie over de testamentaire last voorts paragraaf 5.4: Ten aanzien van de inhoud van de last geldt een zeer soepel bepaaldheidsvereiste dat ruimte biedt voor subjectieve elementen van anderen en daarmee dus voor wilsdelegatie. Enkel het noemen van het doel van de last volstaat.

97. Paragraaf 6.5.2.

Op grond van art. 3:38 lid 1 BW dient de wet of de aard van de uiterste wilsbeschikking zich echter niet tegen een voorwaardelijk karakter te verzetten. Dat is bijvoorbeeld wel het geval indien men de wettelijke verdeling voorwaardelijk wil maken. De onmogelijkheid hiervan volgt uit het systeem van de wet.<sup>98</sup> Het gesloten stelsel grijpt in. Als een *lex specialis* van art. 3:38 lid 1 BW en art. 3:40 BW<sup>99</sup> bepaalt art. 4:45 BW dat een voorwaarde of last<sup>100</sup> voor niet geschreven wordt gehouden, indien de voorwaarde of de last onmogelijk is te vervullen, in strijd is met de goede zeden, de openbare orde of met een dwingende wetsbepaling. De beschikking waaraan de voorwaarde of de last is toegevoegd, is nietig, indien deze de beslissende beweegreden tot die beschikking is geweest. Daarnaast mag een voorwaarde of last niet de strekking hebben om de bevoegdheid tot vervreemding of bezwaring van goederen uit te sluiten. Een dergelijke voorwaarde wordt eveneens voor niet geschreven gehouden. Is aan een making een voorwaarde toegevoegd die dertig jaren na het overlijden van erflater nog niet is vervuld, dan vervalt de beschikking, wanneer het een opschortende voorwaarde is. Is het een ontbindende voorwaarde dan vervalt de voorwaarde, behoudens het bepaalde in art. 4:141 BW. Dit geldt eveneens voor voorwaardelijke lasten als bedoeld in art. 4:133 BW (art. 4:133 lid 3 BW).<sup>101</sup> Andere beperkingen aan voorwaarden in het erfrecht stelt de wet evenwel niet. Binnen de grenzen van wet en fatsoen (art. 4:45 BW), in beginsel met inachtneming van de dertigjaarstermijn (art. 4:140 BW jo. art. 4:141 BW) en met inachtneming van de aard van de uiterste wilsbeschikking (art. 3:38 BW), is het zodoende mogelijk om de werking van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van een voorwaarde, ofwel van een toekomstige onzekere gebeurtenis.<sup>102</sup>

#### 7.4.3. *Wilsafhankelijke voorwaarden in het erfrecht zijn in beginsel toegestaan, tenzij ...*

De inhoud van een voorwaarde kan, op grond van de testeervrijheid, door erflater *naar eigen inzicht* worden bepaald.<sup>103</sup> Zij kan ook inhouden het door een ander (dan erflater) laten uitspreken van zijn of haar wensen. Bijvoorbeeld: 'tenzij mijn erfgenamen in onderling overleg binnen zes maanden na mijn overlijden bij notariële akte te kennen hebben gegeven een andere verdeling te wensen' of 'tenzij de bezwaarde bij uiterste wil over het bezwaarde vermogen heeft beschikt'. Dat erflater de werking van zijn uiterste wilsbeschikkingen op grond van zijn testeervrijheid afhankelijk kan maken van de wilsverklaring van anderen, blijkt uit HR 17 januari 1996, BNB 1996/112 en HR 5 november 1997, BNB 1998/8 met betrekking tot de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling, evenals uit HR 16 januari 2004, NJ 2004/487 (*Boerenplaatsje*) met betrekking tot de voorwaardelijke tweetrapsmaking.<sup>104</sup>

98. Paragraaf 6.3.2.

99. Zie voor art. 3:40 BW ook paragraaf 1.3.3.2.

100. Zie hiervoor mijn opmerking in noot 96 van dit hoofdstuk.

101. Paragraaf 6.3.2. Zie over de voorwaardelijke last ook paragraaf 6.5.5.

102. Paragraaf 6.3 en 6.5. Zie ook mijn tussenconclusie in paragraaf 6.5.6.

103. Zie de testeervrijheid in materiële zin, die ik hiervoor in paragraaf 7.2.2.1 noemde.

104. HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, BNB 1996/112 en HR 5 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5838, BNB 1998/8. Zie paragraaf 6.3.3. HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, NJ 2004/487 (*Boerenplaatsje*). Zie paragraaf 6.5.3.3.

#### 7.4.4. ... strijd met het *wezen* van de uiterste wilsbeschikking of willekeur

Een voorwaarde wordt evenwel ongeoorloofd wanneer zij in strijd komt met het *wezen* van de uiterste wilsbeschikking. Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien met de voorwaarde in feite wordt bewerkstelligd dat op een ontoelaatbare wijze wordt geknutseld aan de inhoud (en daarmee dus aan de aard ofwel het *wezen*) van de uiterste wilsbeschikking en er bijgevolg in feite nog geen sprake is van een uiterste wilsbeschikking. Voor wat toelaatbaar en ontoelaatbaar is met betrekking tot inhoudelijke wilsdelegatie, verwijs ik naar het schema aan het slot van deel II van dit onderzoek.

Dat een voorwaarde ongeoorloofd is wanneer zij in strijd komt met het *wezen* van de uiterste wilsbeschikking vloeit mijns inziens ook impliciet voort uit art. 3:38 lid 1 BW en uit het leerstuk van de potestatieve voorwaarde. Dit leerstuk heeft strikt genomen enkel betekenis voor verbintenissen en beperkt zich voor wat het erfrecht betreft dan ook in beginsel tot *erfrechtelijke verbintenissen*, zoals deze voort kunnen vloeien uit bijvoorbeeld het legaat. Erflater mag de werking van een erfrechtelijke verbintenis niet afhankelijk maken van louter de wil van degene die bij deze verbintenis verbonden is. Een voorwaarde mag anders gezegd niet in strijd komen met het *wezen* van de verbintenis.<sup>105</sup> Met betrekking tot de erfrechtelijke verbintenissen is hiervan overigens geen sprake indien de verbintenis afhankelijk is gemaakt van:

1. Een zogenoemde *ontbindende* potestatieve voorwaarde (vgl. de herroepelijke schenking).<sup>106</sup>
2. De wil van iemand die niet bij de erfrechtelijke verbintenis verbonden is (zoals een derde).
3. Méér dan louter de wil van degene die verbonden is. Bijvoorbeeld van diens wil en de wil van anderen tezamen.
4. Het *redelijk oordeel* van degene die bij de erfrechtelijke verbintenis verbonden is.<sup>107</sup>

Voorts kan erflater zijn uiterste wilsbeschikkingen niet afhankelijk stellen van de willekeur van een ander.<sup>108</sup> Een voorwaarde mag dus geen willekeur in de hand werken.

#### 7.4.5. Redelijkheid en billijkheid voorkomt willekeur

De redelijkheid en billijkheid zorgt voor de nodige objectivering en corrigeert daarmee *willekeurig* handelen.<sup>109</sup> Van willekeur is zodoende enkel sprake indien er door de gedelegeerde onredelijk en onbillijk wordt gehandeld. Willekeur is anders gezegd: de gepasseerde grens der redelijkheid.<sup>110</sup>

105. Paragraaf 6.4.

106. Paragraaf 6.4.4.2.

107. Zie ook mijn tussenconclusie in paragraaf 6.4.6.

108. *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, 12, p. 39 (MvA II), *Parl. Gesch. Inv.* p. 1771.

109. Paragraaf 4.3.5.

110. Paragraaf 6.6.3.



Mijns inziens hoeft voor willekeur echter niet gauw te worden gevreesd, omdat de redelijkheid en billijkheid in het gehele vermogensrecht een belangrijke plaats inneemt.<sup>111</sup>

#### 7.4.6. Conclusie

Uiterste wilsbeschikkingen onder voorwaarden zijn in het erfrecht doorgaans toegestaan (vgl. afdeling 4.5.5 BW). Deze voorwaarden kunnen ook inhouden dat de werking van de uiterste wilsbeschikking afhankelijk wordt gemaakt van andermans wil, mits de voorwaarde niet bewerkstelligt dat er wordt gehandeld in strijd met het wezen van de beschikking en de ander (de gedelegeerde) bij het maken van zijn beslissing steeds de redelijkheid en billijkheid in acht neemt. Een handelen met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid voorkomt namelijk een willekeurig handelen.

Voor een overzicht van wat al dan niet toelaatbaar is met betrekking tot wilsdelegatie ten aanzien van de werking van een uiterste wilsbeschikking, verwijs ik naar het schema aan het slot van deel III van dit onderzoek.

#### 7.5. Eindconclusie

Spreeken over het leerstuk van *ongeoorloofde* wilsdelegatie is passé en dient plaats te maken voor het 'leerstuk van wilsdelegatie'. Voor het antwoord op de vraag wat er op delegatie-terrein al dan niet is toegestaan, dient niet te worden gekeken naar het hoogstpersoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking noch naar het vage willekeurcriterium. In plaats van deze in de literatuur naar voren geschoven criteria waarmee rekening zou moeten worden gehouden bij het beantwoorden van de vraag wat geoorloofde en wat ongeoorloofde delegatie is, dient het accent naar mijn mening te worden verlegd naar twee geheel andere toetsstenen: het bepaaldheidsvereiste, waarvan de uitleg aan de hand van de materiële aard van de te onderscheiden soorten uiterste wilsbeschikkingen kan worden achterhaald, en de (on)toelaatbaarheid van wilsafhankelijke voorwaarden zijn de nieuwe vlagvoerders van het delegatievraagstuk. Ten aanzien van deze beide toetsstenen speelt de redelijkheid en billijkheid – die in het gehele vermogensrecht een gewichtige plaats inneemt – een belangrijke rol. Zij kan de subjectiviteit van de gedelegeerde indien nodig objectiveren en daarmee willekeur corrigeren.

111. Zie ook Wolters 2013, par. 1.2. De redelijkheid en billijkheid heeft betrekking op alle vermogensrechtelijke verhoudingen en kan, voorzover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet, ook buiten het vermogensrecht een rol spelen.



# Summary

## I. Introduction

This study focuses on the extent to which a testator may delegate the substance and effect of his testamentary dispositions to someone else. Or, to put it another way, what are the limits placed by inheritance law on testamentary delegation? The study consists of three parts. The first part explores whether Dutch inheritance law includes a general prohibition on delegation. The main questions here are: Is a delegation prohibition justifiable in light of the principle of testamentary freedom (*Chapter 1*)? What does the nature of the last will say about the option of delegating (*Chapter 2*)? Does the requirement of making wills personally as expressed in Article 4:42(3) of the Dutch Civil Code imply a delegation prohibition (*Chapter 3*)? In the second part, the focus shifts to delegation with respect to the substance of the testamentary dispositions. If the testator wishes to delegate the substance of his testamentary dispositions, what factors need to be considered? That is, when examining the substance of a testamentary disposition, based on which criterion or criteria can the extent of permissible delegation be assessed (*Chapter 4*)? And what is specifically possible then based on this criterion or these criteria (*Chapter 5*)? Finally, in the last part, the limits of testamentary delegation as regards the effect of a disposition are analysed. Testamentary delegation concerning the effect of a disposition can be achieved through conditions. Therefore, this part looks at the extent to which conditions dependent on someone's wishes are permissible under inheritance law (*Chapter 6*).

## II. Part I: a general prohibition on delegation?

The first part of this study dispenses with the idea that Dutch inheritance law includes a general prohibition on delegation. Such a general delegation prohibition does not explicitly or implicitly follow from the testamentary freedom principle, the general nature of testamentary dispositions or the validity requirements in Article 4:42(3) of the Dutch Civil Code (in particular, the requirement that a testator is expected to personally make his testamentary dispositions).

*Chapter 1* concerns the question of how testamentary freedom relates to a general delegation prohibition. Testamentary freedom – to wit, the freedom to determine the substance, effect and conditions of a last will as *the testator sees fits* – supports the possibility of testamentary delegation. Within the limits of testamentary freedom, a

testator should be able to fashion a will however he deems appropriate. Were there to be a general delegation prohibition, the testator's testamentary freedom would be curtailed and could thus not be fully exercised.

Testamentary freedom can be realised by making a last will and testament. *Chapter 2* delves into the general nature of a testamentary disposition as expressed in Article 4:42 of the Dutch Civil Code. Testamentary delegation *through a last will* can only occur if, when the delegation authority is granted, the disposition nonetheless retains the character of a testamentary disposition within the meaning of Article 4:42(1) of the Dutch Civil Code. In other words, it must still reflect a unilateral legal act which does not have effect until the testator dies and which fits within the closed system of last wills. The fact that the disposition granting the delegation powers is unilaterally effectuated and is thereby aimed at the legal relationships after death need not be a point of contention. What is doubtful, however, is whether there is still a legal act (and, hence, a testamentary disposition) if someone else co-determines the disposition's substance. Does this undermine the *definiteness requirement* considered essential for every legal act? This is a crucial question which the second part of this study will concentrate on (see below under III). Another question which may be debated is whether granting delegation powers fits within the *closed system* of last wills. Granting delegation authority need not be objectionable if the authority *constitutes part* of a disposition fitting within the system which has not been entirely determined yet or if it has been articulated as a *testamentary encumbrance or condition*.

Besides the elements of a testamentary disposition set forth in Article 4:42(1) of the Dutch Civil Code, two additional requirements must be met for dispositions to be valid. These requirements are stated in Article 4:42(3) of the Dutch Civil Code, which provides that a testamentary disposition can only be made and revoked *through a last will and by the testator himself*. In the literature, both validity requirements, namely, the testamentary formalities and the personal nature of making a will, are associated with the delegation issue. Does recognition of testamentary delegation perhaps cause the testamentary formalities to be circumvented? And how does the personal nature of testamentary dispositions relate to the delegation of testamentary powers? The answer to whether recognition of testamentary disposition results in circumvention of the testamentary formalities is no. In particular, the delegate's wishes are merely *predicated* on the testator's wishes, but *are not* the *testator's* wishes. The delegate's wishes are his own wishes, which are consequently not bound by the procedural requirements in Article 4:42(3) of the Dutch Civil Code. As far as the second issue is concerned, it may be remarked that Article 4:42(3) states that a testator can only make his testamentary disposition *by himself*. Accordingly, it only pertains to a *procedural aspect*, to the effect that representation *in making* the testamentary disposition is not allowed. Several authors, however, read a *substantive aspect* into Article 4:42(3) as well, entailing that the testator must also personally *determine* his testamentary disposition. Should such a substantive aspect indeed be read into Article 4:42(3)? *Chapter 3* discusses this question and includes a comparison with German law. Unlike Dutch inheritance law, the German literature has already puzzled out the delegation issue multiple times. Section 2065 of

the German Civil Code specifically lays down a general prohibition on delegation. This provision embodies the notion of '*der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit*'. It precludes the testator from delegating the effect and basic substance of his testamentary dispositions. Because the Dutch Civil Code does not expressly mention such a substantive aspect regarding the personal nature of testamentary dispositions, Chapter 3 looks to the German literature for guidance to gain a better understanding of this substantive aspect. It becomes apparent that a principle has developed over the centuries which is referred to as the substantive aspect of the personal component of making testamentary dispositions and which seems inconsistent with delegation. This principle, though, rests on two entirely different foundations: formalism and the definiteness requirement. This observation, as well as the realisation that there is no proper justification in Germany for the *Drittbestimmungsverbot* set forth in §2065 of the German Civil Code, leads to the conclusion in this study that the substantive aspect of the personal element of making wills is unrelated to the provisions in Article 4:42(3) of the Dutch Civil Code. All the more, because this Article only explicitly talks about a procedural aspect. If a *substantive* aspect were to implicitly be read into Article 4:42(3) too, the scope and significance of this aspect would have to be guessed at. Would it, for example, apply to specific legacies as well? Further, what is to be done then with the Minister's comment that the testator can *designate a third party* in his last will *who will determine* which of the various people mentioned by the testator will receive the legacy? The question whether and to what extent delegation is possible with respect to the effect and substance of a disposition needs to be answered based on more tangible criteria. The second and third part of this study investigates these more tangible criteria.

### III. Part II: delegation regarding the substance

The second part of the study revolves around the issue of the limits of testamentary delegation regarding the *substance* of a testamentary disposition. It became clear in the first part of this study that the answer to this question hinges on the *definiteness requirement*. As demanded by the definiteness requirement, every disposition must have a definite subject. A disposition without a definite subject is not a disposition, because the legal consequences cannot be determined due to a lack of definiteness. In exploring the extent to which delegation is possible with testamentary dispositions, one has to keep in mind that such a disposition with delegated powers must nonetheless retain the character of a testamentary disposition. It may be asked whether this is still the case if another person co-determines the substance of the disposition or whether the definiteness requirement is hereby undermined. The interpretation of the definiteness requirement as it applies to testamentary dispositions has to be examined in this regard.

*Chapter 4* reveals that the interpretation of the definiteness requirement depends on the nature of the types of legal acts to be distinguished – more specifically, as regards to a testamentary disposition, this interpretation depends on the substantive nature of the different types of testamentary dispositions.

When property law is involved, for instance, the definiteness requirement is construed more rigorously than when contract law comes into play. Based on how the definiteness requirement is construed, the extent to which there is latitude for testamentary delegation can then be scrutinised. A strict definiteness requirement which offers no latitude for someone else's subjective judgment means that another person cannot determine anything pertaining to the substance. Thus, no delegation at all is possible regarding the substance of the legal act. On the other hand, a lenient approach to the definiteness requirement allowing for subjective elements does provide room for testamentary delegation. Specific legacies which include the option of selecting the legatee are one example.

The nature of the institution of an heir, the specific legacy, the testamentary encumbrance, the appointment of the executor and the testamentary administration are explored further in *Chapter 5*. How should the definiteness requirement be interpreted in light of the nature of the above items, and to what extent can their substance be delegated? Section 5.7 and the diagram at the end of Part II provide a general overview of the degree of definiteness and the possibilities for testamentary delegation applicable to the aforementioned dispositions.

Briefly summarised, it may be asserted that the key to ascertaining whether testamentary delegation of the *substance* of a testamentary disposition is permissible can be found in the interpretation of the definiteness requirement which applies to each type of disposition. This interpretation of the definiteness requirement can be discovered by examining the substantive nature of the types of testamentary dispositions to be distinguished. It may be noted in this regard that, when property law is involved, the definiteness requirement is construed more rigorously than when contract law comes into play. If the delegation authority therefore concerns property-law relationships, such as the institution of the heirs, this may mean that the testator must himself completely determine the substance of the provision. In principle, then, testamentary delegation regarding the substance cannot take place at all. This will only be different if the law expressly allows delegation powers to be granted, which is the case, for instance, under Article 4:171 of the Dutch Civil Code. If, in contrast, the delegation authority has to do with relationships governed by contract law, such as the power to designate legatees, it should in principle be enough that the substance of the disposition is *determinable* within the meaning of Article 6:277 of the Dutch Civil Code. That is, based on the criteria provided in the last will, the substance can be fleshed out in more detail through a third party's subjective judgement. The third party will need to act in accordance with the principle of reasonableness and fairness.

#### IV. Part III: delegation regarding the effect

Part III of the study addresses the issue of the limits of testamentary delegation regarding the *effect* of a testamentary disposition. The testator may influence the effect of a disposition by attaching *conditions* to it. To what extent are conditions dependent on someone's wishes permissible under inheritance law, and what role does the

arbitrariness criterion (which is viewed in the literature as the line between permissible and impermissible delegation) really play in the delegation issue? *Chapter 6* answers these questions. This chapter demonstrates that, as a rule, testamentary dispositions are permissible under certain conditions in inheritance law (*cf.* Section 4.5.5 of the Dutch Civil Code). These conditions can also entail that the effect of the disposition is made contingent on another person's wishes, provided the condition does not result in actions being taken contrary to the essence of the disposition and, in making the decision, the other person (the delegate) always adheres to the principle of reasonableness and fairness. Conduct in line with this principle prevents arbitrary action. Because reasonableness and fairness is an important principle in all of property law, the prospect of arbitrary action is not very likely.

## V. Final conclusion

Reference to the doctrine of *impermissible* testamentary delegation is outdated and should be replaced by the 'doctrine of testamentary delegation'. To figure out what is and is not allowed in terms of delegation, one does not have to consider the personal nature of a testamentary disposition or the vague arbitrariness criterion. Instead of taking into account these criteria promoted in the literature to determine which sorts of delegation are permissible or not, we ought to pay attention to two entirely different criteria: The definiteness requirement, whose interpretation can be ascertained based on the substantive nature of the types of dispositions to be distinguished, and the permissibility/impermissibility of conditions dependent on people's wishes should lead the way on the delegation issue. The principle of reasonableness and fairness – which carries great weight throughout property law – has a crucial role to play with respect to these two touchstones. If necessary, it can objectify the delegate's subjectivity, thereby correcting for any arbitrariness.





# Lijst van aangehaalde literatuur

## **Van Amersfoort 2014**

E.M.A. van Amersfoort, 'De uiterste wilsbeschikking als hoogstpersoonlijke rechtshandeling een bijzondere rechtsfiguur?', *WPNR* 2014, 7027.

## **Asser/Bartels & Van Mierlo 2013 (3-IV)**

S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (met medewerking van H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

## **Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III)**

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

## **Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I)**

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2012.

## **Asser/Hartkamp & Sieburgh 2014 (6-III)**

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

## **Asser/Hijma 2013 (7-I\*)**

Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en Ruil*, Deventer: Kluwer 2013.

## **Asser/Van der Grinten & Kortmann 2-I 2004**

S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Vertegenwoordiging en Rechtspersoon. Deel I. De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004.

## **Asser/Meijers 1915**

E.M. Meijers, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vierde Deel – Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1915.

**Asser/Meijers/Van der Ploeg 1956**

P.W. van der Ploeg, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vierde Deel – Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956.

**Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010**

A.I.M. van Mierlo & A.A. van Velten, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2010.

**Asser/Perrick 2013 (4)**

S. Perrick, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4\*. Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2013.

**Asser/Rutten-I 1981**

L.E.H. Rutten, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4.Verbintenenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

**Asser/Rutten-II 1982**

L.E.H. Rutten, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982.

**Asser/Van Schaick 2012**

A.C. van Schaick, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht.7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VIII. Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, verbruikleen, altyddurende rente, spel en wedenschap*, Deventer: Kluwer 2012.

**Barbaix 2008**

R. Barbaix, *Het contractuele statuut van de schenking. Hoe anders is de overeenkomst van schenking en waarom? Rechtsvergelijkende studie van het contractuele statuut van de schenking* (diss. Antwerpen), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2008.

**Barkhuysen & Van Emmerik 2005**

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief', in: *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijke recht* (Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 1-101.

**Bartels 2004**

S.E. Bartels, 'Zoals kennelijk ter plaatse aangeduid en afgepaald. Het bepaaldheidsvereiste bij overdracht van een gedeeltelijk perceel', *VrA* 2004/2, p. 4-23.

## LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

### **Bauduin 2011**

N.V.C.E. Bauduin, 'De geoorlooftheid van wilsdelegatie nader bezien', *WPNR* 2011, 6907.

### **Bauduin 2012a**

N.V.C.E. Bauduin, 'Wilsdelegatie: een introductie', *De Notarisklerk* 2012/3-4, p. 33-36.

### **Bauduin 2012b**

N.V.C.E. Bauduin, 'Een kijkje bij de zuiderburen. De testamentaire bindende derdenbeslissing', *Tijdschrift Erfrecht* 2012, nr. 4, p. 76-80.

### **Bauduin 2012c**

N.V.C.E. Bauduin, 'Flexibel legateren. Het legaat met keuzeverlening mag op de estateplanningskaart', *VEP* 2012 – 17/18.

### **Bauduin 2014**

N.V.C.E. Bauduin, 'Het legaat met keuzemogelijkheid en 'het verbod van willekeur', *F&R*, januari 2014, DOI: 10.5553/FenR/.000014.

### **Bauduin & Reijnen 2014**

N.V.C.E. Bauduin & T.F.H. Reijnen, 'Opdat uw laatste wil geschiede', *WPNR* 2014, 7007.

### **Bende 2013**

M.N. Bende, 'De levendige materie van een schenking ter zake des doods', *WPNR* 2013, 6989.

### **Biemans 2011**

J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen stille cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.

### **Blokland & Stollenwerck 2004**

P. Blokland & A.H.N. Stollenwerck, 'De uiterste wil van de bezwaarde en het overschot (I en II, slot)', *WPNR* 2004, 6574-6575.

### **Blokland 2007**

Blokland, 'De herroepelijke schenking als sturingsmechanisme', *FTV* 2007 (6), nr. 25.

### **De Boer 2009**

J. de Boer, 'Inleiding', *WPNR* 2009, 6807.

### **Brahn/Reehuis 2010**

O.K. Brahn/ W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

**Breemhaar 1992**

W. Breemhaar, *De uiterste wilsbeschikking* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992.

**Breemhaar 1999**

W. Breemhaar, 'Het begrip uiterste wilsbeschikking in het toekomstige erfrecht', *WPNR* 1999, 6361.

**Breemhaar 2005**

W. Breemhaar, 'De testeervrijheid: een vrijheid in gebondenheid. Titel 4.5 BW: dwingend recht, tenzij...', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2005, nr. 3, p. 44-45.

**Brinkman 2011**

R.E. Brinkman, 'Fideicommissaire legaten, lasten en giften', *WPNR* 2011, 6902.

**Brinkman 2014**

R.E. Brinkman, *Het fideicommiss in de notariële praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

**Brox/Walker 2010**

W. Walker, *Erbrecht*, München: Verlag Franz Vahlen 2010.

**Brunner & De Jong 2004**

C.J.H. Brunner & G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2004.

**Van Buchem-Spapens 1982**

A.M.J. van Buchem-Spapens, *Pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke verbondenheid, pluraliteit van schuldeisers en alternatieve en voorwaardelijk verbintenissen* (Monografieën Nieuw BW B-31), Deventer: Kluwer 1982.

**Burgerhart 2005**

W. Burgerhart, 'Bedrijfsopvolging: erfrechtelijke en schenkingsrechtelijke aspecten', in: *Bedrijfsopvolging civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (Preadvies KNB), Den Haag: SDU Uitgevers 2005.

**Cauffman 2005**

C. Cauffman, *De verbindende eenzijdige belofte* (diss. Leuven 2004), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005.

**Coene 1982**

M. Coene, 'Grondrechten en testeervrijheid', in: K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 311-339.

**Cornelis 2004**

L. Cornelis, 'Het mijnenveld rond de bindende derden- of partijbeslissing', *T.P.R.* 2004, p. 69-87.

**Debucquoy 2012**

F. Debucquoy, *De geldigheid van het legaat met keuzeverlening: Rechtshistorisch pleidooi*, Brussel: Groep De Boeck NV, Departement Larcier Gent 2012.

**Dikke van Dale 2005**

T. den Boon & D. Geeraerts (red.), *Van Dale groot woordenboek van de Nederlandse taal*, Utrecht/Antwerpen: Van Dale lexicografie 2005.

**Eggens 1951**

J. Eggens, 'Uitleg van uiterste wilsbeschikkingen', in: E.M. Meijers en J. Eggens, *Het Testament: een bundel monografieën*, Arnhem: Gouda Quint 1951, p. 79-96.

**Engelbertink 2013**

C.G.C. Engelbertink, 'Het levenstestament in de maatschappij', in: *Notariële bescherming ouderen* (Preadvies KNB), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 59-110.

**Ernste 2012**

P.E. Ernste, *Bindend advies* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012.

**Van Es 2011**

P.C. van Es, 'De ouderlijke boedelverdeling en het Overgangsrecht', *Tijdschrift Erfrecht* 2011, nr. 4, p. 59-62.

**Van Ewijk & Schoenmaker 2006**

J.D.H. van Ewijk & F.A.M. Schoenmaker, 'Successierecht besparen met renteclausule en/of afvullegaat?', *KWEP* december 2006.

**Feenstra 1984**

R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill/Universtaire Pers Leiden 1984.

**Fischer 1951**

H.F.W.D. Fischer, 'De voorgeschiedenis van het testament in Nederland', in: E.M. Meijers en J. Eggens, *Het Testament: een bundel monografieën*, Arnhem: Gouda Quint 1951, p. 23-37.

**Frank/Helms 2010**

R. Frank en T. Helms, *Erbrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2010.

**Frey 1999**

J.A. Frey, *Flexibilisierung der Nachlaßgestaltung im Lichte von § 2065 BGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang 1999.

**Goebel 2004**

J. Goebel, *Testierfreiheit als Persönlichkeitsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot 2004.

**Gräler 2004**

J.G. Gräler, 'Testeervrijheid van minderjarigen', *WPNR* 2004, 6567.

**Van der Grinten 1976**

W.C.L. van der Grinten, 'De legitieme; de crux van het erfrecht', in: *Recht zo die gaat, opstellen aangeboden aan mr. P.W. van der Ploeg* (Van der Ploegbundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1976.

**Grossfeld 1968**

B. Grossfeld, 'Höchstpersönlichkeit der Erbenbestimmung und Auswahlbefugnis Dritter', *JZ* 1968, p. 113-122.

**Ter Haar 2012**

J.H.M. ter Haar, 'Ouderlijk vruchtgenot en testamentair bewind', *Tijdschrift Erfrecht* 2012, nr. 3, p. 53-59.

**Ter Haar 2013a**

J.H.M. ter Haar, *Minderjarigen en (de zorg voor hun) vermogen* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

**Ter Haar 2013b**

J.H.M. ter Haar, 'Ouderlijk vruchtgenot en testamentair bewind: de Hoge Raad aan het woord', *WPNR* 2013, 6996.

**Halding-Hoppenheit 2003**

N. Halding-Hoppenheit, *Verbot der Drittbestimmung im Erbrecht*, Lohmar-Köln: Josef Eul Verlag 2003.

**Handboek Erfrecht 2011**

(voorafgaan door de naam van auteur)

M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Hartkamp 2005**

A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2005.

**Hausmann/Hohloch 2010**

R. Hausmann en G. Hohloch, *Handbuch des Erbrechts*, Berlin: Erich Schmidt Verlag 2010.

**Van Hedel 2007**

H. van Hedel, 'In vrijheid begunstigen. Het ongelijke behandelen van erfgenamen nader beschouwd', *NJB* 2007, p. 609-614.

**Helms 2007**

T. Helms, 'Erbrechtliches Drittbestimmungsverbot und kautelarjuristische Praxis', *ZEV* 1/2007, p. 1-6.

**Henrich & Schwab 2001**

D. Henrich & D. Schwab, *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking 2001.

**Heuff 1995**

W. Heuff, 'Hoe vrij is de testateur?', in: P.H.M. Gerver, J.G. Kuijl, A.J.H. Pleysier & R.T.G. Verstraaten (red.), *Heden verschenen voor mij...* (Soons-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 95-104.

**Heuff 2004**

W. Heuff, *Legitieme portie* (Monografieën Nieuw BW B-20), Deventer: Kluwer 2004.

**Hijma & Olthof 1982**

J. Hijma & M.M. Olthof, 'Terugwerkende kracht, causaal stelsel en zakelijke werking in het Nieuw Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 1982, 5605, p. 257-260.

**Hijma 2000**

J. Hijma, 'Testament en rechtshandeling', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Yin-Yang* (Van Mourik-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 93-100.

**Hijma & Olthof 2011**

Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Hofmann & Abas 1977**

L.C. Hofmann & P. Abas, *Het Nederlands Verbintenissenrecht. De algemene leer van de verbintenissen. Deel 1 (Artt. 1269-1387 B.W.) Tweede gedeelte (Artt. 1302-1303 en 1349-1387 B.W.)*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1977.

**Hofmann & Van Opstall 1959**

L.C. Hofmann & S.N. van Opstall, *Het Nederlands verbintenissenrecht. De algemene leer der verbintenissen. Eerste gedeelte (artt. 1269-1387 B.W.)*, Groningen: J.B. Wolters 1959.

**Huijgen 2000**

W.G. Huijgen, 'Het beginsel van de testeervrijheid in het erfrecht', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Yin-Yang* (Van Mourik-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 85-92.

**Immel 1965**

G. Immel, *Die höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers: zur Problemgeschichte des § 2065 BGB*, Köln: Böhlau Verlag 1965.

**Jansen 1992**

I. Jansen, 'Curatele, geestelijke stoornis en testeerbevoegdheid', *FJR* 1992, p. 73-74.

**Jansen 2000**

I. Jansen, 'De hoogstpersoonlijke rechtshandeling, in het bijzonder de uiterste wilsbeschikking', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Yin-Yang* (Van Mourik-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 109-119.

**Jennekens & Jennekens-Schinkel 2005**

F.G.I. Jennekens & A. Jennekens-Schinkel, 'De dementerende persoon, het testament en de notaris', *WPNR* 2005, 6630, p. 595-599.

**Kaptein 2013**

Kaptein, 'Subjectieve uitleg van cessie- en pandakten: niet bepaald objectief?', *WPNR* 2013, 6974.

**Kaser/Wubbe 1971**

F.B.J. Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971.

**Kennedy 1964**

J. F. Kennedy, *The Burden and the Glory*, New York: Harper & Row 1964.

**Kipp/Coing 1978**

Th. Kipp & H. Coing, *Erbrecht: Ein Lehrbuch*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1978.

**Klaassen/Luijten & Meijer 2008 (II)**

E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht. Tweede gedeelte: Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

**Kleijn 1969**

W.M. Kleijn, 'In hoeverre kan een testateur ten aanzien van de inhoud van zijn uiterste wilsbeschikkingen delegeren aan derden?', *WPNR* 1969, 5046-5047.

**Kleijn 1996**

W.M. Kleijn, 'Kan de testateur de invulling van zijn uiterste wil delegeren?', *JBN* 1996(6), nr. 59.

**Kleijn 2004a**

W.M. Kleijn, 'In hoeverre kan een testateur het bepalen van de inhoud van zijn uiterste wilsbeschikkingen delegeren?', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2004, nr. 5, p. 80-83.

**Kleijn 2004b**

W.M. Kleijn, 'Delegeren van uiterste wilsbeschikkingen door de testateur?', *FTV* 2004 (3).



## LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

### **Kleijn 2004c**

W.M. Kleijn, 'De tweetrapsmaking als middel om tweemaal over het vermogen na dode te beschikken', *FTV* 2004, nr. 5.

### **Kleijn 2007**

W.M. Kleijn, 'Delegeren over het graf heen door de (aanstaande) erflater', *FTV* 2007 (9), nr. 35.

### **Kolkman 2006**

W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

### **Koopmans 1976**

T. Koopmans, *Vrijheden in beweging* (voordracht gehouden aan de Rijksuniversiteit te Gent op 5 maart 1976), Leiden: Universitaire pers/ Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976.

### **Kortmann & Faber 1998**

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, 'Bepaaldheidsvereiste bij cessie en verpanding van vorderingen', *WPNR* 1998, 6324.

### **Kortmann & Faber 1999**

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, 'Een streng bepaaldheidsvereiste; geldend recht of 'wishful thinking'', *WPNR* 1999, 6374.

### **Kossmann 1994**

A.L. Kossmann, *Die Bestimmung des Unternehmensnachfolgers durch einen Dritten von Todes wegen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und amerikanischen Recht* (diss. Bonn), 1994.

### **Kotterman-van de Vosse 1975**

I. Kotterman-van de Vosse, 'Vrijheid en recht ten aanzien van testamentaire beschikkingen', in: J.Th.J. van den Berg e.a. (red.), *Praesidium Libertatis. Opstellen over het thema vrijheid en recht, uitgegeven ter gelegenheid van het 400-jarig bestaan der Rijksuniversiteit te leiden*, Deventer: Kluwer 1975, p. 83-94.

### **Kraan 1989**

C.A. Kraan, 'De voorwaardelijke- of alternatieve- ouderlijke boedelverdeling', *WPNR* 1989, 5923.

### **Kroppenberg 2008**

I. Kroppenberg, *Privatautonomie von Todes wegen* (Verfassungs- und zivilrechtliche Grundlagen der Testierfreiheit im Vergleich zur Vertragsfreiheit unter Lebenden), Tübingen: Mohr Siebeck 2008.

**Lange/Kuchinke 2001**

H. Lange & K. Kuchinke, *Erbrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2001.

**Leipold 2006**

D. Leipold, *Erbrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

**Luijten 1996**

E.A.A. Luijten, 'De OBV "si (non) voluero"?', *WPNR* 1996, 6231, p. 521- 523.

**Luijten & Meijer 2004**

E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, 'Jurisprudentie erfrecht', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2004, nr. 5, p. 91-92.

**Luijten & Meijer 2005**

E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, 'Jurisprudentie erfrecht. De rekening en verantwoording door een executeur; de mogelijkheid tot benoeming van een opvolgende executeur door de kantonrechter', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2005, nr. 2, p. 37-41.

**Luijten & Meijer 2014**

E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, 'De taak van de 'executeur-afwikkelingsbewindvoerder'', *Tijdschrift Erfrecht* 2014, nr. 1, p. 18-23.

**Maasland 2007**

J.L.D.J. Maasland, 'De herroepelijke schenking en de (ontbonden) gemeenschap van goederen', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2007, nr. 1, p. 7-10.

**Maasland 2012**

J.L.D.J. Maasland, 'Nietigheid van uiterste wilsbeschikkingen wegens strijd met goede zeden of openbare orden', *Tijdschrift Erfrecht* 2012, nr. 2, p. 29-32.

**Maasland 2013a**

J.L.D.J. Maasland, 'De nietigheid van het testamentaire vervreemdingsverbod', *Tijdschrift Erfrecht* 2013, nr. 3, p. 31-35.

**Maasland 2013b**

J.L.D.J. Maasland, '10 jaar nieuw erfrecht en de executeur-afwikkelingsbewindvoerder', *Tijdschrift Erfrecht* 2013, nr. 6, p. 107-110.

**Marres 1993**

P.G.J.M. Marres, 'De voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling', *WPNR* 1993, 6095.

**Matthaeus 1775**

A. Matthaeus, *Zinspreuken by de Neederlandsche rechtsgeleerden gebruikelijk van Antonius Matthæus: In welke behalven de Roomsche Rechten, coustumen en instellingen, en die van andere volkeren, het Utrechtsche recht verklaard en opgehelderd word / In het Neederduitsch overgezet door een rechtsgeleerde*, Amsterdam: Steven van Esveldt 1775.

**Meijers 1916**

E.M. Meijers, 'Aanvulling en uitlegging van overeenkomsten door een der partijen', *WPNR* 1916, 2420 en 2422.

(eveneens verschenen in: E.M. Meijers, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen. Derde deel. Verbintenissenrecht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955, p. 16-31).

**Mellema-Kranenburg 1988**

T.J. Mellema-Kranenburg, *De legitieme portie* (diss Leiden), Deventer: Kluwer 1988.

**Mellema-Kranenburg 1992**

T.J. Mellema-Kranenburg, 'Dient de legitieme portie werkelijk te verdwijnen', *WPNR* 1992, 6031.

**Mellema-Kranenburg 1999**

T.J. Mellema-Kranenburg, 'De metamorfose van de legitieme portie', *WPNR* 1999, 6370.

**Mellema-Kranenburg 2004a**

T.J. Mellema-Kranenburg, 'De herroepelijke schenking, het wondermiddel van het nieuwe schenkingsrecht?', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2004 nr. 3, p. 39-42.

**Mellema-Kranenburg 2004b**

T.J. Mellema-Kranenburg, 'Testeren over met een fidei-commis de residuo bezwaarde goederen', *JBN* 2004 (2), nr. 10.

**Mellema-Kranenburg 2013**

T.J. Mellema-Kranenburg, '10 jaar nieuw erfrecht en de legitieme portie', *Tijdschrift Erfrecht* 2013, nr. 6, p. 103-106.

**Mellema-Kranenburg 2014**

T.J. Mellema-Kranenburg, 'Testamenteir bewind versus ouderlijk vruchtgenot', *JBN* februari 2014, nr. 10, p. 12-13.

**Mendels 1897**

M. Mendels, *Overzicht van het Romeinsch Erfrecht*, Den Haag: Belinfante 1897.

**Van Mens 1985**

K.L.H. van Mens, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 1985.

**Meyer, Gemmer & Siebert 2009**

U. Meyer, J. Gemmer & H. Siebert, *Erbrecht und Unternehmensnachfolge*, Lohmar-Köln: Josef Eul Verlag 2009.

**Mikat 1965**

P. Mikat, 'Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit', in: *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag* (hersh. v. R. Dietz und H. Hübner), München und Berlin: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1965, p. 581-604.

**Van Mourik 1991**

M.J.A. van Mourik, 'De legitieme portie: weg ermee!', *WPNR* 1991, 6018.

**Van Mourik 1995**

M.J.A. van Mourik, 'De toekomst van de legitieme portie', in: A.A.J.M. Cobussen e.a. (red.), *De legitieme portie. 30e Landelijk Notarieel Studentencongres Nijmegen, 7 april 1995*. Ars Notariatus LXIX, Deventer: Kluwer 1995, p. 57-68.

**Van Mourik 1996**

M.J.A. van Mourik, 'De uiterste wilsbeschikking als rechtshandeling', *WPNR* 1996, 6213.

**Van Mourik, Verstappen & F. Schols 1999**

M.J.A. van Mourik, L.C.A. Verstappen & F.W.J.M. Schols, *Schenking en gift naar nieuw recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

**Van Mourik 2008**

M.J.A. van Mourik, *Erfrecht* (Monografieën Privaatrecht deel I), Deventer: Kluwer 2008.

**Van Mourik 2009**

M.J.A. van Mourik, 'Flexibele erfstelling; erfrechtelijke keuzemogelijkheden; ongeoorloofde delegatie', *WPNR* 2009, 6801.

**Van Mourik 2011**

M.J.A. van Mourik, *Gemeenschap* (Monografieën Nieuw BW B9), Deventer: Kluwer 2011.

**Van Mourik 2013**

M.J.A. van Mourik, *Erfrecht* (Monografieën Privaatrecht deel I), Deventer: Kluwer 2013.

**Mugdan 1979**

B. Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V Erbrecht*, Berlin: Scientia Verlag Aalen 1979.

**Nève 1995**

P.L. Nève, 'De legitieme portie in 1995. Enkele historische beschouwingen', in: A.A.J. M. Cobussen e.a. (red.), *De legitieme portie. 30e Landelijk Notarieel Studentencongres Nijmegen, 7 april 1995*. Ars Notariatus LXIX, Deventer: Kluwer 1995, p. 7-18.

**Nieuwenhuis 1979**

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

**Nuytinck 2003**

A.J.M. Nuytinck, 'De Embryowet en het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen', *FJR* 2003, p. 189.

**Nuytinck 2006**

A.J.M. Nuytinck, 'Het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen: weg ermee!', *WPNR* 2006, 6683.

**Nuytinck 2009**

A.J.M. Nuytinck, 'De rechtspositie van de executeur naar oud en geldend erfrecht, alsmede het rechtskarakter van de verdeling', *Ars Aequi* januari 2009, p. 44-50.

**Nuytinck 2014**

A.J.M. Nuytinck, 'Ouderlijk vruchtgenot en testamentair bewind', *Ars Aequi* januari 2014, p. 34-39.

**Van Oven 1951**

J.C. van Oven, 'Testamentum', in: E.M. Meijers en J. Eggens, *Het Testament: een bundel monografieën*, Arnhem: Gouda Quint 1951, p. 9-22.

**Van Oven 1958**

J.C. van Oven, 'Moet aan de langstlevende echtgenoot een legitieme portie worden toegekend?', *WPNR* 1958, 4561.

**Parl. Gesch. Boek 3**

C.J. van Zeben & J.W. du Pon (met medewerking van M.M. Olthof), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981 en W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (eindredactie C.J. van Zeben & J.W. du Pon), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

**Parl. Gesch. Boek 6**

C.J. van Zeben & J.W. du Pon (met medewerking van M.M. Olthof), *Parlementaire Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981 en W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (eindredactie C.J. van Zeben & J.W. du Pon), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

**Parl. Gesch. Vast.**

Gr. van der Burght, E.W.J. Ebben & M.R. Kremer (eindredactie C.J. van Zeben), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Vaststellingswet Boek 4. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

**Parl. Gesch. Inv.**

Gr. van der Burght, E.W.J. Ebben & M.R. Kremer (eindredactie C.J. van Zeben), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoeringswet Boek 4. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

**Pitlo/Bolweg 1979**

M.F.H.J. Bolweg, Pitlo. *Het Nederlands burgerlijk wetboek. Deel 3. Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1979.

**Pitlo/Van der Burght & Ebben 2004**

Gr. van der Burght & E.W.J. Ebben, Pitlo. *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 5. Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

**Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012**

W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, met bijdragen van: G.E. van Maanen en G.T. de Jong, Pitlo. *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

**Perrick 1994**

S. Perrick, 'Testeervrijheid en de zorg voor nabestaanden', *T.P.R.* 1994- 4.

**Perrick 1996**

S. Perrick, 'Een erflater mag aan een ouderlijke boedelverdeling een voorwaarde verbinden', *WPNR* 1996, 6214, p. 165-167.

**Perrick 2001**

S. Perrick, 'Testeervrijheid en de zorg voor de langstlevende echtgenoot in het nieuwe erfrecht', *WPNR* 2001, 6469.

## LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

### **Peulinckx-Coene 1994**

M. Coene, 'De testeevrijheid en de verzorging van nabestaanden', *T.P.R.* 1994, p. 1925-1965.

### **Van der Ploeg 1945**

P.W. van der Ploeg, *Testamentair bewind* (diss. Leiden), Amsterdam: De Bezige Bij 1945.

### **Van der Ploeg 1960**

P.W. van der Ploeg, 'Wat is een uiterste wil?', in: *Preadvies Broederschap der Notarissen 1960*, Den Haag: Broederschap der Notarissen in Nederland 1960.

### **Ploeger 2000**

H.D. Ploeger, 'Eigendom in het licht van het EVRM. Artikel 1 Protocol no. 1 EVRM en het Nederlandse vermogensrecht', *WPNR* 2000, 6419.

### **Ploeger 2005**

H.D. Ploeger, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het nationale civielrechtelijke perspectief', in: *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijke recht* (Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 103-120.

### **Polak 2003**

M.V. Polak, 'Handhaving of afschaffing van de legitieme portie: zin in en zin van debat en onderzoek?', *T.P.R.* 2003, p. 7-9.

### **Van Quickenborne 2006**

M. van Quickenborne, *Voorwaardelijke verbintenissen* (Recht en Praktijk, nr. 42), Mechelen: Kluwer 2006.

### **Rapport Commissie Erfrecht I**

Rapport uitgebracht door de Commissie, ingesteld door het Hoofdbestuur van de Broederschap der Notarissen in Nederland en het Hoofdbestuur van de Broederschap der Candidaat-Notarissen, ter bestudering van Boek 4 van het ontwerp voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek, maart 1960.

### **Rapport Commissie Erfrecht II**

Rapport uitgebracht door de Commissie, ingesteld door het Hoofdbestuur van de Broederschap der Notarissen in Nederland en het Hoofdbestuur van de Broederschap der Candidaat-Notarissen, ter bestudering van het gewijzigd ontwerp van wet voor Boek 4 Nieuw Burgerlijk Wetboek, 1963-1966.

**Rapport Commissie Erfrecht 2012**

T.J. Mellema-Kranenburg, P. Blokland, W.D. Kolkman, F.W.J.M. Schols & R.L. Albers-Dingemans, *Eindverslag commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW. Ars Notariatus* 150, Deventer: Kluwer 2012.

**Rechtshandeling en overeenkomst 2010**

(vooraafgegaan door de naam van auteur)

Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel & W.L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010.

**Reehuis 2004**

W.H.M. Reehuis, *Levering* (Monografieën Nieuw BW B6b), Deventer: Kluwer 2004.

**Reid, De Waal & Zimmermann 2011**

Kenneth G. C. Reid, Marius J. de Waal, Reinhard Zimmermann (red.), *Comparative Succession Law: Volume I: Testamentary Formalities*, Oxford Scholarship Online: January 2012, DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199696802.001.0001.

**Rombach 1969**

J. Rombach, 'In hoeverre mag men bij testament zijn wil aan anderen delegeren?', *WPNR* 1969, 5058.

**Rongen 2012**

M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012.

**Rookmaker 2003a**

A. Rookmaker, 'Zeg erfgename waar ga jij henen, zo alleen zo alleen?', *KWEP* juni 2003.

**Rookmaker 2003b**

A. Rookmaker, 'De grenzen van delegatie van erfrechtelijke bevoegdheden', *KWEP* september 2003.

**Rutten 20007**

S.W.E. Rutten, 'Shariah-testamenten', *WPNR* 2007, 6705.

**Sagel-Grande 2004**

H.I. Sagel-Grande, *Duits privaatrecht. Een inleiding tot het hedendaagse recht voor de achtergrond van rechtshistorische en rechtsculturele ontwikkelingen*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2004.

**Van Schaick 2011**

A.C. van Schaick, *Volmacht* (Monografieën BW B-5), Deventer: Kluwer 2011.



**Van Schilfgaarde 1982**

P. van Schilfgaarde, 'Nietigheden in 3.2 NBW volgens de invoeringswet', *WPNR* 1982, 5621.

**Schlüter 2000**

W. Schlüter, *Erbrecht, 14. Auflage*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 2000.

**B. Schols 1998**

B.M.E.M. Schols, 'De voorwaardelijke obv onvoorwaardelijk ofwel de weg naar de vrijheid geopend!', *WPNR* 1998, 6308, p. 223-225.

**B. Schols 2000**

B.M.E.M. Schols, 'Van begrafenisexecuteur tot turbo-executeur', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Yin-Yang* (Van Mourik-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 277-283.

**B. Schols 2004a**

B.M.E.M. Schols, 'De quasi-wettelijke verdeling als 'Teilungsanordnung' (I)', *WPNR* 2004, 6571.

**B. Schols 2004b**

B.M.E.M. Schols, 'De quasi-wettelijke verdeling als Teilungsanordnung' (II, slot)', *WPNR* 2004, 6572.

**B. Schols 2005**

B.M.E.M. Schols, 'Een nieuw fenomeen: 'de aanstelling van de Maastrichtse notariële erfrechtelijke beheerder'. Artikel 3:168 BW biedt uitkomst bij het ontstaan van een 'vereffeningsgat'', *EstateTip Review* 2005-26.

**B. Schols 2006**

B.M.E.M. Schols, 'De legitieme portie driedimensionaal: abstract, concreet en fiscaal', in: *Nieuw erfrecht in de praktijk* (Preadvies KNB), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 95-171.

**B. Schols 2007a**

B.M.E.M. Schols, *Van exécuteur testamentaire tot Testamentsvollstrecker tot afwikkelingsbewindvoerder. Zijn ware aard, civiel en fiscaal. Een onderzoek naar de grondslagen van executele als erfrechtelijke verbintenis* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

**B. Schols 2007b**

B.M.E.M. Schols, 'De 'obv-plus' als het beste van twee erfrechtelijke werelden', *Tijdschrift Erfrecht* 2007, nr. 6, p. 105-110.

**B. Schols 2010**

B.M.E.M. Schols, 'Jagen op de executeur of De jager en de executeur?', *KWEP* 2010/2, p. 27-28.

**B. Schols 2011**

B.M.E.M. Schols, 'Gaat het doek eerder dicht of blijft het langer open? De ventiel-techniek gesynchroniseerd', *FBN* 2011(6), nr. 31.

**B. Schols 2012**

B.M.E.M. Schols, 'Verdeel en beheers de schenk-, erf- en overdrachtsbelasting', in: *Verdeling in de notariële praktijk* (preadvies KNB 2012), Den Haag: SDU 2012.

**F. Schols 1999**

F.W.J.M. Schols, 'Het systeem van de legitieme in kort bestek', *WPNR* 1999, 6351.

**F. Schols 2000**

F.W.J.M. Schols, 'Over de cautio van Socinus en de niet-opeisbaarheidsclausule', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Yin-Yang* (Van Mourik-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 285-291.

**F. Schols 2001**

F.W.J.M. Schols, 'De nieuwe schenkingsregeling, Een gift voor estate planners?!', *WPNR* 2001, 6433.

**F. Schols 2004**

F.W.J.M. Schols, 'Testamenteir bewind naar nieuw erfrecht. Theoretische en praktische varia', in: *Bewind en aan bewind verwante vormen* (Preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2004), Lelystad: Koninklijke Vermande 2004.

**F. Schols 2005**

F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

**F. Schols 2007a**

F.W.J.M. Schols, 'Erfrechtelijk chillen op de Antillen', *WPNR* 2007, 6717.

**F. Schols 2007b**

F.W.J.M. Schols, 'Theano vs. Hinrischen, Family Act Scotland 2007. De moderne eilanden en de samenlevingspartner in het Nederlandse erfrecht', *FJR* 2007, 111.

**F. Schols 2009a**

F.W.J.M. Schols, 'Het ontbreken van de uiterste wil. Wills for persons lacking capacity; een eerste gedachte', *T.P.R.* 2009-1, p. 143-227.

## LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

### **F. Schols 2009b**

F.W.J.M. Schols, 'Een overzeese dans van een Continentaal met een Anglo-Amerikaanse', *WPNR* 2009, 6807.

### **F. Schols 2011**

F.W.J.M. Schols, *Schenking en gift* (Monografieën BW B-82), Deventer: Kluwer 2011.

### **Schonewille 2012**

F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatievevermogensrecht* (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012.

### **Sens 1990**

K. Sens, *Die Erbenbestimmung durch Dritte* (diss. Marburg), 1990.

### **Sieburgh 2004**

C.H. Sieburgh, *Tertium datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht* (rede Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004.

### **Smits 2003**

J.M. Smits, 'Constitutionalisering van het vermogensrecht', in: J.M. Smits e.a. (red.), *Preadviezen uitgebracht door de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2003*, Deventer: Kluwer 2003p. 1-163.

### **Snijders & Rank-Berenschot 2012**

H.J. Snijders & E.B Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (Studiereeks burgerlijk recht nr. 2), Deventer: Kluwer 2012.

### **Snijders, Klaassen & Meijer 2011**

H.J. Snijders, C.J. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

### **Spath 2010**

J.B. Spath, *Zaaksvervanging*, Deventer: Kluwer 2010.

### **Spruit 1997**

J.E. Spruit e.a., *Corpus juris civilis. Tekst en vertaling, IV: Digesten 25-34*, Zutphen: Walburg Pers/'s-Gravenhage: Sdu Uitgevers, Juridisch & Fiscaal 1997.

### **Stiegeler 1985**

A. Stiegeler, *Der Grundsatz der Selbstentscheidung des Erblassers* (diss. Freiburg), 1985.

### **Stollenwerck 1986**

A.H.N. Stollenwerck, *Het Fideïcommis de residuo* (diss. Nijmegen), *Ars Notariatus* XXXIV, Deventer: Kluwer 1986.

**Stollenwerck 2007**

A.H.N. Stollenwerck, 'Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetraps-making', *FTV* 2007 (6), nr. 24.

**Storme 1984**

M. Storme, 'De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen. Een rechtsvergelijkend onderzoek op de grenzen van het contractenrecht en het procesrecht', *T.P.R.* 1984, p. 1243-1277.

**Storme & Storme 1985**

M.L. Storme & M.E. Storme, 'De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht', *T.P.R.* 1985, p. 713-742.

**Van Straaten 2005**

J.C. van Straaten, *Parlementaire geschiedenis van de totstandkoming en invoering van titel 7.3 BW: schenking. Civiel en fiscaal. Reeks Fiscale wet- en regelgeving*, SDU Fiscale & Financiële Uitgevers 2005.

**Struycken 1997**

T.H.D. Struycken, 'Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (Serie Onderneming en Recht deel 7), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 121-162.

**Struycken 1998**

T.H.D. Struycken, 'De betekenis van het Anglo-Amerikaanse zekerhedenrecht, in het bijzonder de floating charge en Article 9 Uniform Commercial Code: over bepaaldheid en publiciteit', *Ars Aequi*, Bijzonder nummer, mei 1998, p. 417-436.

**Struycken 1999**

T.H.D. Struycken, 'De eliminatie van het bepaaldheidsvereiste', *WPNR* 1999, 6366.

**Struycken 2007**

T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

**Suijling/Dubois 1931**

J. Ph. Suijling & H.F.R. Dubois, *Inleiding tot het Burgerlijk recht*, 6<sup>e</sup> stuk (erfrecht), Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1931.

**Sünner 1969**

E. Sünner, *Drittbestimmung bei letztwilligen Zuwendungen nach englischem und deutschem Recht* (diss. Regensburg), 1969.

**Toelichting Wiersma**

Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van prof. mr. E.M. Meijers, ingevolge opdracht van de minister van justitie opgesteld onder leiding van mr. F.J. de Jong, Toelichting vierde gedeelte (Boek 7), 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverij-bedrijf 1972.

**Themanummer levenstestament**

(met bijdragen van:)

- A.H.N. Stollenwerck, 'Het levenstestament- een regeling voor het geval van wilsonbekwaamheid!', *FTV* 2010 (10), nr. 39.
- A.H.N. Stollenwerck & R.C.E. van der Heide-van IJlzinga Veenstra, 'Het levenstestament, een inleiding', *FTV* 2010 (10), nr. 40.
- C.G.C. Engelbertink, 'Het levenstestament en estateplanning', *FTV* 2010 (10), nr. 41.
- J.P.F. Kooijman, 'De cliënt, de dokter en de notaris', *FTV* 2010 (10), nr. 42.
- R. Houwing, 'Rekening en verantwoording en de volmacht', *FTV* 2010 (10), nr. 43.
- E. van As & R. Wiechers, 'Ondernemersvolmacht', *FTV* 2010 (10), nr. 44.
- A.M. Vrenegoor & F. Sonneveldt, 'Het levenstestament in de Anglo-Amerikaanse wereld', *FTV* 2010 (10), nr. 45.
- B.O. Kapma, 'Het levenstestament in Duitsland en Frankrijk', *FTV* 2010 (10), nr. 46.

**Vanderschot 2005**

K. Vanderschot, 'De bindende derdenbeslissing en de partijbeslissing in België en Nederland', in: J. Smits & S. Stijns (red.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgische en Nederlands recht*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 425-449.

**Vegter 2008**

J.B. Vegter, 'Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking', *WPNR* 2008, 6744.

**Verbeke 2002**

A. Verbeke, *De legitieme ontbloot of dood? Leve de echtgenoot!* Ars Notariatus CXIII, Deventer: Kluwer 2002.

**Verdaas 2002**

A.J. Verdaas, 'Twee maal het bepaaldheidsvereiste in het pandrecht (Mulder q.q./ Rabobank en ING/ Muller q.q.): één anticlimax en één verrassing', *WPNR* 2002, 6511.

**Verhagen & Rongen 2000**

H.L.E. Verhagen & M.H.E. Rongen, *Cessie* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2000.

**Verstappen 1996**

L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996.

**Van Vijfeijken 2008**

I.J.F.A van Vijfeijken, 'De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking', *WPNR* 2008, 6744.

**Waaier 1993**

B.C.M. Waaier, *Statuten en statutenwijziging* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1993.

**Waaier 2005**

B.C.M. Waaier, 'Het passeren van een testament voor een mogelijk wilsonbekwame testateur; een proeve voor een protocol', *WPNR* 2005, 6630.

**Wagner 1997**

F. Wagner, *Der Grundsatz der Selbstentscheidung bei Errichtung letztwilliger Verfügungen – eine gesetzgeberische Unentschlossenheit?*, Berlin: Duncker & Humblot 1997.

**Wieland 2004**

J. Wieland, in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, 2. Auflage, Präambel, Artikel 1-19, Tübingen: Mohr Siebeck 2004.

**Wijnberg 2010**

R. Wijnberg, *Nietzsche & Kant lezen de krant. Denkers van vroeger over dilemma's van nu*, Amsterdam: De Bezige Bij 2010.

**Wolters 2013**

P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 77), Deventer: Kluwer 2013.

**Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2009**

S.F.M. Wortmann & J. Van Duijvendijk-Brand, *Compendium Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2009.

**De Wulf 1987**

C. de Wulf, *Erfreutelijke vernieuwingen in België en in Nederland*, Gandaius-Thorbecke Colleges nr. 10-11, Brussel/Zwolle: E. Story-Scientia/Tjeenk Willink, 1987.

**Zimmermann 1991**

R. Zimmermann, *Quos Titius voluerit, Höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers oder power of appointment?*, München: Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1991.

**Zwalve 1983**

W.J. Zwalve, 'Enige opmerkingen over een bijzondere wijze van legateren', *WPNR* 1983, 5643, p. 157-163.

# Jurisprudentieregister

## **Europees Hof voor de Rechten van de Mens**

EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090, Publ. ECHR, Series A, vol. 31 (*Marckx v. België*).

## **Hoge Raad**

HR 19 april 1861, W 2268

HR 4 maart 1881, W 4622

HR 30 september 1925, PW 12040

HR 13 januari 1938, NJ 1938/566

HR 30 november 1945, NJ 1946/62 (*De Visser-Harms*)

HR 30 januari 1953, NJ 1953/578

HR 2 maart 1966, ECLI:NL:HR:1966:AX6609, BNB 1966/106

HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (*Haviltex*)

HR 17 juni 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AC7246, NJ 1982/224

HR 15 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW8859, BNB 1983/237

HR 11 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4808, NJ 1985/374 (*Verhoeven-Peters*)

HR 25 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9740, NJ 1987/657

HR 20 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0586, NJ 1989/766 (*Groningse huwelijkse voorwaarden*)

HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1488, NJ 1995/447 (*Spaarbank Rivierenland/Gispen q.q.*)

HR 17 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5402, BNB 1996/112

HR 20 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7248, NJ 1998/362

HR 5 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:BI5838, BNB 1998/8

HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2903, NJ 1999/733

HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3883, NJ 2000/184

HR 26 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5953, NJ 2000/442

HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8901, NJ 2001/350

HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, NJ 2005/96

HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7842, NJ 2004/182 (*Mulder q.q./Rabobank Alphen aan den Rijn*)

HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4602, NJ 2004/183 (*De liser de Morsain/Rabobank*)

HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8282, NJ 2004/487 (*Boerenplaatsje*)

HR 21 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD5985, *Ars Aequi* januari 2009

HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7268

HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261

HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:38, *NJ* 2013/521  
 HR 18 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:983, *NJ* 2014/214  
 HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:416, *NJ* 2014/265

### **Gerechtshoven**

Hof Arnhem 10 januari 1934, *NJ* 1934/p. 1205  
 Hof Amsterdam 17 maart 1994 (nr. 93/0701), *BNB* 1996/112  
 Hof Amsterdam 31 augustus 1995 (nr. 93/0953), *BNB* 1998/8  
 Hof 's-Hertogenbosch 15 oktober 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AI1717, *NJ* 2003/477  
 Hof Amsterdam 21 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR1599  
 Hof 's-Gravenhage 11 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW8529  
 Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4288  
 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7063  
 Hof 's-Gravenhage 11 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1253

### **Rechtbanken**

Rb. Zwolle-Lelystad 8 augustus 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BC9476, *NJF* 2008/255  
 Rb. Haarlem 3 augustus 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR4089  
 Rb. Noord-Holland 29 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2026

### **Sector Kanton**

Ktr. Heerlen 7 oktober 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AR5840, *NJ* 2004/614  
 Ktr. Maastricht 13 januari 2005 (zaaknr. 179050), *EstateTip Review* 2005-26

### **Kamers van toezicht**

KvT Rotterdam 13 augustus 2009, ECLI:NL:TNOKROT:2009:YC0398

### **Duitse Rechtspraak**

RG 6 februari 1939, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Volume 159, S. 299  
 BGH 18 november 1954, *NJW* 1955, 100



# Trefwoordenregister

*De nummers verwijzen naar paragrafen. Bij de trefwoorden wordt niet verwezen naar de inleidende paragrafen van hoofdstukken en paragrafen met enkel (tussen)conclusies, noch naar het hoofdstuk 'samenvatting en conclusies' en de schema's.*

## A

Afwikkelingsbewind 5.5.2; 5.6.2; 5.6.4.2.D

Afwikkelingsbewindvoerder 5.5.1;

5.5.2; 5.5.5.1; 5.6.4.2.D

Alternatief

– executeursbenoeming 5.5.4.2;  
5.5.4.3

– legataris 4.3.8.3; 5.3.2.1; 5.3.2.4;  
5.3.2.5

– schuldeiser resp. schuldenaar  
4.3.8.3

– verbintenissen 2.5.2.2.C.vb4; 4.3.6.1;  
4.3.6.3; 4.3.7.4; 4.3.7.5; 5.3.3.1;  
5.3.3.3

Andere wettelijke rechten 1.3.3.3;  
1.3.3.4; 1.3.4.2.A;

Assumptie 5.5.4.3

Auflage 3.2.4.2; 3.3.3; 3.3.4; 3.3.4.2;  
5.4.5

Auseinandersetzung 3.3.4; 3.3.4.4

Autonomiebeginsel 1.2.1; 1.2.2.1; 1.2.2.2;  
1.3.3.1

## B

Beheer 5.5.1; 5.5.2; 5.5.4.3; 5.5.5.1;  
5.5.5.2; 5.6.3; 5.6.4.1; 5.6.4.2.A

Belehrungspflicht 1.3.3.2.C; 1.3.4.1

Bepaaldheid

– bepaalbaar/bepaalbaarheid 2.2.2.4;  
3.5.4.3; 4.2.2; 4.2.3; 4.3; 4.4.2.1;  
4.4.2.4; 4.4.2.5; 4.4.2.7; 5.2.3.4;  
5.2.4.3; 5.2.4.4; 5.3; 5.4.3.3; 5.4.6;

5.5.3; 5.5.4.5; 5.5.5.1; 6.6.2.1; 6.6.2.2;  
6.8.3

– bepaald onderwerp 2.2.2.4; 2.2.2.5;  
3.5.2.4; 3.5.3.1; 3.5.4.3; 4.2; 4.3.2.1;  
4.3.3.1; 4.3.4.1; 4.3.4.2; 4.5

– bepaaldheidsvereiste 2.2.2.4; 3.5.3;  
3.5.4.2; 3.5.4.3; 4.2-4.6; 5.2-5.6;  
6.5.2.3; 6.5.4; 6.6.1; 6.6.2.1; 6.6.2.2

– certum consilium 3.2.2

– Drittbestimmungsverbot 3.3.4.1.B;  
3.3.4.2; 3.3.5.1; 3.5.4.3

– eenzijdige rechtshandeling 4.5

– erfstelling 5.2

– executeursbenoeming 5.5

– goederenrecht 4.4

– goederenrechtelijke overeenkomst  
4.4.2.2

– Grundsatz der materiellen Höchst-  
persönlichkeit 3.2; 3.5.2.4

– hoogstpersoonlijk karakter 3.5.3;  
4.6.4.2

– legaat 5.3; 6.5.2.3

– levering 4.4.2.1

– objectieve maatstaf 4.4.2.5; 4.4.2.6

– onbepaaldheid 4.3.3.3

– registergoederen 4.4.2.3

– schenking 2.5.2.2.C.vb4; 4.3; 5.3.1;  
5.3.3.1

– testamentair bewind 5.6

– testamentaire last 5.4; 6.5.4

– uiterste wilsbeschikking 3.5.2.4;  
3.5.3; 3.5.4.2; 3.5.4.3; 4.6

- verbintenissenrecht 4.3
- vorderingen op naam 4.4.2.4
- vormvoorschriften 4.6.4.1
- willekeur 6.6
- wilsdelegatie 2.2.2.5

**Bewindvoerder**

- (executeur-)afwikkelingsbewindvoerder 5.5.1; 5.5.2; 5.5.5.1; 5.6.4.2.D
- persoon II.B.1; 5.5.4.5; 5.6.1; 5.6.3; 5.6.4.1; 5.6.5.2.A
- taken en bevoegdheden 5.6.1; 5.6.3; 5.6.4.2; 5.6.5.2.B;

**Bindend advies/ oordeel 4.3.7****C****Cautio Socini 6.8.2****Codicil 2.3.3****Contractsvrijheid 12.1; 12.2.1; 13.1; 43.8.4****Conversie 1.3.2.4; 1.3.2.5; 2.2.3****Curatele 1.3.2.2; 2.5.2.2.A; 4.6.2; 4.6.3****D****'Daarbij aanwezig' 5.2.2.1; 5.2.2.2; 5.2.2.4; 5.2.2.5; 5.2.3.4; 5.2.4.1; 5.2.4.2; 5.3.2.2; 5.3.2.3; 5.5.4.2; 6.5.2.2****Depot-testament 2.3.2****Derdenwerking 4.4.2.3; 4.4.2.6; 5.2.3.3; 5.2.4.4; 5.5.5.1****Drittbestimmung 1.2.2.2; 1.2.3; 1.3.4.2. B; 3.2; 3.3.4; 3.3.5; 3.4; 3.5.4.3; 5.2.3.4****Drittbestimmungsverbot II.E; 1.2.2.2; 1.2.3; 2.5.1; 3.2; 3.3.3; 3.3.4; 3.3.5; 3.4; 3.5.4.3; 3.5.5****E****Eigendomsrecht 1.1; 1.2.1; 1.2.3; 1.2.4****Erbeinsetzung 3.2.4.1; 3.3.5****Erfstelling**

- bepaaldheidsvereiste 5.2
- met keuzemogelijkheid 5.2.3.4
- voorwaardelijk 6.5.2; 6.8.2

**Executeursbenoeming 4.6.2; 4.6.3; 5.5****F****Facultatief**

- schuldeiser resp. schuldenaar 4.3.8.2; 5.3.2.1; 5.5.4.3
- verbintenis 4.3.6.2; 4.3.7.4; 4.3.8.2; 5.3.3.1

**Fidei-commis 6.4.5.2; 6.5.3.3****Formalisme 3.2.2; 3.2.3.1; 3.5.2.2****G****Generieke of soortverbintenis 4.3.6.1; 4.3.6.4; 5.3.3.1****Gesloten stelse I 1.3.2.1; 1.3.2.4; 2.2.1; 2.2.3; 4.3.7.5; 5.2.3.3; 5.3.3.1; 5.4.3.6; 5.5.4; 5.6.5.3.B; 6.3.1; 6.3.3****Goede zeden II.C; 1.3.3.1; 1.3.3.2; 6.3.2; 6.5.5****Goederenrechtelijke overeenkomst 4.2.2; 4.2.3; 4.4****Grondrecht 1.2.3; 1.2.4****H****Handelingsbekwaamheid 1.3.2.2****Höchstpersönlichkeit II.E; 1.2.2.2; 2.5.2.3; 3.2-3.4; 3.5.2.4****Hoogstpersoonlijk II.A; 1.3.4.1; 2.5; 3.2-3.5; 4.3.7.5; 4.6.4.2; 5.4.3.2; 6.4.5.3****I****Inbreng 5.3.3.2; 5.3.3.3; 6.7****K****Kantonrechter 1.3.2.2; 5.5.4.1; 5.5.4.2; 5.5.4.4; 5.5.4.5; 5.5.5.2; 5.6.4.1; 5.6.4.2.B; 5.6.4.2.D****Keuzelegaat 5.3.3.2; 5.3.3.3****Koopovereenkomst 2.2.2.2; 4.3.3.3; 4.3.4.1; 4.3.8.4****L****Last (zie ook *testamentaire last*)**

- bepaaldheidsvereiste 5.4; 6.5.4
- lastgeving 5.5.3

– voorwaardelijke last 6.3.2; 6.5.5  
**Legaat**  
 – bepaaldheidsvereiste 5.3  
 – keuzelegaat 5.3.3.2; 5.3.3.3  
 – met keuzemogelijkheid II.A;  
 4.3.8.3; 5.3.2.4; 5.3.2.5; 5.5.4.2;  
 6.6.2.2  
 – nader te noemen legataris 5.3.2.5  
 – tegen inbreng 5.3.3.2; 5.3.3.3; 6.7  
 – voorwaarde 6.5.2.3  
**Legitieme portie** B.1; II.C; II.E; 1.3.3.1;  
 1.3.3.4; 6.8.2

## M

**Makingen onder voorwaarden** 6.5.2  
**Misbruik** 1.2.2.2; 1.3.4.1; 2.4.4.2; 3.2.4.1;  
 3.4.1; 3.4.7

## N

**Nader te noemen meester** 3.4.6.1;  
 4.3.8.1; 4.3.8.4; 5.3.2.1; 5.3.2.5  
**Notarieel testament** 2.3.2

## O

**Objectivering** 4.3.5; 6.6.3  
**Obligatoire overeenkomst** 4.2.2; 4.2.3;  
 4.3.4.2; 4.3.9  
**Onmiddellijke identificeerbaarheid**  
 5.2.2; 5.2.3; 5.2.4.1; 5.2.4.2; 5.3.2.2;  
 5.3.2.3; 5.4.3.2; 6.5.2.2; 6.5.3.1  
**Openbare orde** II.C; 1.3.3.1; 1.3.3.2;  
 6.3.2; 6.5.5  
**Ouderlijke boedelverdeling** 1.3.2.4;  
 2.2.3; 3.5.3.2; 6.3.1; 6.3.2; 6.3.3;  
 6.4.5.3; 6.5.1; 6.8.1

## P

**Persoonlijk** zie *hoogstpersoonlijk*  
**Potestatieve voorwaarde** 2.4.3; 3.2.2;  
 3.5.2.3; 6.2; 6.3.3; 6.4; 6.5.2.2; 6.5.2.3

## Q

**Quasi-wettelijke verdeling** 5.5.2; 5.6.4.2.D

## R

**Rechtszekerheid** 1.3.2.3; 1.3.4.2.B; 3.4.1;  
 3.4.6; 4.4.2.3; 4.4.2.6; 5.2.2.3; 5.2.2.4;  
 5.2.2.3; 5.2.3.4; 5.5.4.5; 5.5.5.1  
**Rechtvaardiging**  
 – delegatieverbod 1.3.4.1; 3.5.5  
 – Drittbestimmungsverbot 3.2.1; 3.4;  
 3.5.4.3;  
 – legitieme portie 1.3.3.4  
 – vereiste van onmiddellijke identifi-  
 ceerbaarheid 5.2.2.2; 5.2.2.3;  
 5.2.2.4; 5.2.3.3  
**Redelijkheid en billijkheid** 2.4.4.2;  
 4.2.3; 4.3.3.2; 4.3.4.1; 4.3.4.2; 4.3.5;  
 4.3.7.4; 4.3.7.5; 5.2.3.4; 5.4.3.2; 5.4.4;  
 5.6.4.2.C; 6.4.4.2; 6.4.4.3; 6.4.5.2;  
 6.6.2.2; 6.6.3; 6.8  
**Renteclausule** 2.2.3; 6.8.3

## S

**Schenking**  
 – elementen 2.4.1  
 – herroepelijkheid 2.4.3  
 – potestatieve voorwaarde 6.4.3;  
 6.4.4; 6.4.5.2; 6.4.5.3  
 – ter zake des doods (art. 7:177 BW)  
 2.5.2.2  
 – totstandkoming 2.4.2  
 – vorm 2.4.4  
**Schuldeiser(s)** 1.3.2.4; 1.3.4.2.B; 2.5.2.2.  
 B.1; 3.2.4.1; 3.4.6; 4.3.2.1; 4.3.3.2.B;  
 4.3.5; 4.3.6; 4.3.8; 5.2.2.3; 5.2.4.3;  
 5.2.4.4; 5.3.1; 5.3.2.1; 5.5.4.5; 5.6.2;  
 5.6.5.2.A; 6.4.2  
**Schulden van de nalatenschap** 5.2.4.4;  
 5.5.2; 5.5.5.1; 5.5.5.2  
**Schuldenaar** 2.5.2.2.C.vb4; 4.3.2.1;  
 4.3.3.2.B; 4.3.5; 4.3.6; 4.3.8; 4.4.2.4;  
 5.2.4.3; 5.3.2.1; 5.5.4.5; 6.4.2; 6.4.3;  
 6.4.4.3; 6.4.5.1; 6.4.5.2  
**Specialiteitsvereiste** 4.4.2.1; 4.4.2.3  
**Subrogatie** 5.5.4.3

**T****Testamenteir bewind**

- bepaaldheidsvereiste 5.6
- bewindvoerder 5.6.4
- materiële aard 5.6.3
- taken en bevoegdheden 5.6.4.2
- te onderscheiden vormen 5.6.2

**Testamentaire last (zie ook last)**

- bepaaldheidsvereiste 5.4; 6.5.4
- voorwaardelijke testamentaire last 6.3.2; 6.5.5

**Testamentsvollstreckung 3.3.4; 3.3.4.3****Testeervrijheid II.B.1; II.C.; IV; 1.2; 1.3; 2.2.4; 3.2.3.3; 3.2.4.2; 3.4.1; 3.4.2; 3.4.3; 3.5.5; 4.3.2.2.A; 4.3.8.4; 5.2.2.4; 5.2.3; 5.6.4.2.C; 5.6.4.2.D; 5.6.5.2.B; 5.6.5.3.B; 6.3.2; 6.3.3; 6.5.1; 6.5.3.3; 6.5.5; 6.8.1****Tweetrapsmaking 3.5.3.2; 5.4.3.2; 5.6.2; 6.4.5.3; 6.5.3****U****Uiterste wilsbeschikking**

- bepaaldheidsvereiste 4.6
- elementen 2.2.1
- gesloten stelsel 2.2.3
- herroepelijkheid 2.2.4
- onder last 6.5.4
- onder voorwaarde 6.3.2
- rechtshandeling 2.2.2
- te onderscheiden soorten 4.6.2
- vorm 2.3; 4.6.3; 4.6.4

**V****Vaststellingsovereenkomst 4.2.2; 4.3.7.3****Verbintenis**

- alternatieve 2.5.2.2.C.vb4; 4.3.6.1; 4.3.6.3; 4.3.7.4; 4.3.7.5; 5.3.3.1; 5.3.3.3
- erfrechtelijke 5.5.3; 6.4.5.1

- facultatieve 4.3.6.2; 4.3.7.4; 4.3.8.2; 5.3.3.1

- generieke verbintenis of soortverbintenis 4.3.6.1; 4.3.6.4; 5.3.3.1

**Vereffening 5.2.2.3; 5.2.4.4****Vermächtnis**

- Person des Vermächtnisnehmers 3.3.4.1 A

- Vermächtnisgegenstandes 3.3.4.1 B

**Vermogensconcentratie 1.3.4.2.B; 3.4.1; 3.4.4****Versterfergenamen 3.2.4.2; 3.4.3; 3.4.6; 5.2.2.4; 5.2.3.3; 5.2.3.4****Vervalsing 1.3.2.3; 1.3.4.1; 3.4.1; 3.4.7****Vervreemdings- en verteringsbevoegdheid 6.5.3.2****Voorwaarde(n)**

- in het erfrecht 6.3; 6.5
- potestatieve 6.4

**Voorwaarden-constructie 1.3.4.2.B; 3.4.6; 5.2.2.4; 5.2.3.4****Vorm**

- bepaaldheidsvereiste 4.6.4.1
- ontduiking vormgebondenheid 2.3.4
- vormgebondenheid 1.3.2.3; 2.3; 4.6.4.1
- vormvoorschriften 1.3.2.3; 1.3.4.1; 2.3.1; 2.3.3; 2.3.4; 2.5.2.1; 2.5.2.2.B; 3.4.8; 4.6.4

**W****Wettelijke verdeling 6.3.2****Willekeur II A; 2.5.2.2.C.vb3; 3.2.3.3; 3.3.5.1; 4.3.3.2.B; 4.3.5; 5.2.3.4; 5.4.3.2; 5.6.4.2.C; 6.4.3; 6.4.4.2; 6.4.4.3; 6.4.5.2; 6.4.5.3; 6.4.6; 6.6; 6.8.1****Wilsbekwaamheid 1.3.2.2****Z****Zaaksvervanging 5.6.5.2.B****Zwevend vermogen 1.3.4.2 B; 5.2.2.4**

# Curriculum vitae

Nathalie Virginie Constance Eleonoor Bauduin werd op 11 november 1985 geboren te Maastricht. Zij behaalde in 2004 haar Gymnasium-diploma aan het Trichter College te Maastricht, waarna zij rechten ging studeren aan de Universiteit Maastricht. Na het behalen van de bachelor Nederlands recht besloot zij per 1 september 2007 haar studie rechten voort te zetten aan de Radboud Universiteit te Nijmegen, waar zij in 2009 haar bachelor Notarieel recht behaalde, evenals in 2010 de dubbele master Nederlands & Notarieel recht. Voor haar masterscriptie 'Delegatie in het erfrecht: in hoeverre mag een erflater bij testament de inhoud van zijn uiterste wil aan anderen delegeren?' ontving zij de Universitaire Studieprijz 2009-2010. Op 1 september 2010 trad zij als promovenda in dienst bij het Centrum voor Notarieel Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen, waaraan zij thans nog verbonden is.

Sinds medio 2011 verricht zij advieswerkzaamheden voor Hölscher & Davids Notarissen te Rijssen. Daarnaast is zij lid van de redactie van de Notarisklerk en vaste medewerker bij het Vakblad Estate Planning. Er zijn publicaties van haar verschenen in onder meer het WPNR, Nederbelgisch Magazine, Vakblad Estate Planning, Tijdschrift Erfrecht en Familie & Recht.



## Stellingen behorende bij het proefschrift van N.V.C.E. Bauduin

### *Wilsdelegatie in het erfrecht*

1. Art. 4:42 lid 3 BW ('Een uiterste wilsbeschikking kan alleen bij uiterste wil en slechts door de erflater persoonlijk worden gemaakt en herroepen') houdt geen delegatieverbod in.
2. Het willekeurcriterium – als de grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde delegatie – is achterhaald.
3. Het leerstuk van *ongeoorloofde* wilsdelegatie dient plaats te maken voor het 'leerstuk van wilsdelegatie'.
4. Het recht is een product van ons denken en met de verandering in ons denken verandert dus het recht (A. Pitlo, *College Pitlo*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 131).
5. Het depot-testament is het testament voor de toekomst.
6. Grenzeloze vrijheid is doelloos (R. Wijnberg, *Nietzsche & Kant lezen de krant. Denkers van vroeger over dilemma's van nu*, Amsterdam: De Bezige Bij 2010, p. 45).
7. Spreken is zilver, zwijgen is goud.





